

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. **Ángel G. Chueca Sancho** PROFESOR TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA. **Luis Fernández Arévalo** FISCAL DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA. **Javier Galparsoro García** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE VIZCAYA. **Juan L. Ibarra Robles** MAGISTRADO, PRESIDENTE DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO. **Javier de Lucas Martín** CATEDRÁTICO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO. UNIVERSIDAD DE VALENCIA. **Fernando Mariño Menéndez** CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. UNIVERSIDAD CARLOS III. **Karen Musalo** ABOGADA Y PROFESORA DEL HASTINGS COLLEGE OF THE LAW. UNIVERSITY OF CALIFORNIA (USA). **Fernando Oliván López** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID. **José Luis Rodríguez Candela** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MÁLAGA. **Eduard Sagarra i Trias** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE BARCELONA. **Francisco Soláns Puyuelo** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE VALENCIA. **María Luisa Trinidad García** PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. UNIVERSIDAD DE ALMERÍA.

DIRECTOR (Coordinador)

Pascual Aguelo Navarro

ABOGADO DEL R. E I. COLEGIO DE ZARAGOZA
PRESIDENTE DE LA SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA
DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA.

DIRECTORES (Adjuntos)

Aurelia Álvarez Rodríguez

PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO. UNIVERSIDAD DE LEÓN.

Ángel G. Chueca Sancho

PROFESOR TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA.

© LEX NOVA 2003

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

Sumario:

[5] EDITORIAL

ARTÍCULOS:

- [9] I. ¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO
- [29] II. Análisis crítico del RD 178/2003: algunas de sus deficiencias y su necesaria reforma
AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

NOTAS Y COLABORACIONES. *DOSSIER*: ASPECTOS SANCIONADORES

- [63] I. Introducción: El plan de la lucha contra la delincuencia
PASCUAL AGUELO NAVARRO
- [69] II. Extranjería, Derecho Penal y Penitenciario
LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO
- [115] III. Comentarios al proyecto de ley orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros
PASCUAL AGUELO NAVARRO Y JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CANDELA

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [143] Índice analítico de voces
- [143] Asilo
 - [154] Exención de visado
 - [160] Visados
 - [162] Expulsión
 - [167] Permiso de residencia
 - [170] Procedimiento sancionador
 - [172] Derecho al trabajo
 - [185] Permiso de trabajo
 - [202] Derecho Penal
 - [204] Homologación de títulos

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [205] Nacionalidad
- [207] Régimen comunitario

[209] La difícil igualdad. (A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional)

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

[221] Resoluciones de la DGRN en materia de nacionalidad y estado civil (mayo-diciembre 2002)

AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

CRÓNICA LEGISLATIVA DE UN SEMESTRE:

[245] I. Crónica legislativa de un semestre

[247] Fuentes internacionales

[249] Legislación estatal

[252] Legislación autonómica

[255] II. Comentarios de urgencia acerca del proyecto de 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

PASCUAL AGUELO NAVARRO

[263] III. Europa en breve. Información semanal de la Delegación en Bruselas

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS Y CONVOCATORIAS DESDE LAS DOS ORILLAS:

[275] Notas bibliográficas

[285] I. Libertades y/o seguridad

CARLOS CARNICER

[301] II. Los acuerdos de readmisión y la política del toma y daca

CAROLINE INTRAND

[307] III. Jornadas sobre Extranjería

[309] IV. Última hora

EDITORIAL

A lo largo de las últimas semanas venimos asistiendo a continuos anuncios de modificación de la normativa sobre extranjería.

El Plan de lucha contra la delincuencia preveía un primer paquete de reformas de contenido penal y sancionador que se ha concretado en el Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que actualmente se encuentra en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 que declaró la ilegalidad de varios preceptos del Reglamento de extranjería sirvió de pretexto para acelerar una profunda modificación de la LOEXIS. En realidad la voluntad reformadora estaba ya presente en los planes gubernamentales hace ya bastante tiempo y el contenido del Proyecto de Reforma que incluimos en el presente número de la Revista de Derecho Migratorio y Extranjería (REDMEX) ya era conocido al menos desde finales del año 2002.

Conscientes de la importancia que para el profesional y para el estudioso de la materia supone todo ello, nos parece necesario que la REDMEX presente con la mayor celeridad y actualidad los cambios y proyectos legislativos que se van produciendo, aún conscientes de los peligros que ello comporta, pues los acontecimientos se suceden precipitadamente, casi furtivamente, de forma que los borradores se superponen y amontonan. Pese a ello, pensamos que una Revista como la que tienes en tus manos ha de intentar guiar al lector en la maraña legislativa tratando de ofrecer un poco de luz ante tanto texto reformador.

El presente número de la REDMEX se inicia con una reflexión acerca de la necesidad de avanzar hacia la igualación de derechos de los inmigrantes con los nacionales, que puede ayudarnos a comprender mejor las líneas maestras de las contrarreformas proyectadas impregnadas de una gran dosis ideológica. Le acompaña un segundo artículo que analiza críticamente el RD 178/2003, de 14 de febrero, sobre el régimen jurídico de los nacionales comunitarios y sus familiares poniendo en tela de juicio la oportunidad de la nueva reglamentación.

Por otra parte, dada su importancia para el trabajo profesional ha parecido necesario incorporar un *Dossier* sobre aspectos sancionadores, que incluye un extenso artículo sobre la regulación penal y penitenciaria en relación con la extranjería y unos comentarios sobre las modificaciones del Código Penal y Ley de extranjería anunciadas en el Plan de lucha contra la delincuencia.

La crónica jurisprudencial contiene una destacada nota sobre la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003, de 22 de mayo, sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita, y recoge el conjunto de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de nacionalidad y estado civil.

En el apartado Notas y Convocatorias se han colocado dos textos de gran actualidad:

La intervención del Presidente del Consejo General de la Abogacía Española sobre Libertades y/o seguridad, y un artículo sobre los acuerdos de readmisión y la política del toma y daca.

En Crónica Legislativa se incluyen unos comentarios de urgencia sobre el proyecto de reforma de la Ley Orgánica de Extranjería y otras normas conexas.

Las habituales secciones Europa en Breve y Notas Bibliográficas completan el presente volumen.

En otro orden de cosas saludamos la incorporación a la Comisión Asesora de tres nuevos juristas de reconocido prestigio en este campo jurídico: Eliseo Aja Fernández, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Barcelona, Luis Fernández Arévalo, Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla y Fernando Mariño Menéndez, Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad Carlos III de Madrid.

Solo nos resta desear a todos una buena lectura de la REDMEX y unas felices vacaciones.

Artículos

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO
Catedrático de Filosofía del Derecho y Director del
Departamento de Derecho Público Básico
(dpbaga@unileon.es)

¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?

RESUMEN

¿POR QUÉ NO TIENEN LOS INMIGRANTES LOS MISMOS DERECHOS QUE LOS NACIONALES?

Las razones para defender que los nacionales tengan más derechos que los extranjeros pueden ser de tres tipos: ideología colectivista o nacionalista, individualismo egoísta, o razones pragmáticas consistentes en el temor a las consecuencias dañinas de la igualación. La Historia muestra el origen y las dificultades actuales del Estado-nación. La Filosofía política muestra las aporías a que llevan tanto el comunitarismo como el universalismo cuando no asumen sus últimas consecuencias. El autor defiende una postura universalista y, en consecuencia, de creciente igualación de los derechos con independencia de la nacionalidad

ABSTRACT

WHY IMMIGRANTS DON'T HAVE THE SAME RIGHTS THAT NATIONALS?

Reasons for defending the rights of nationals above those of foreigners may be found in three forms: collectivist or nationalist ideology, egoistic individualism, or, pragmatic reasons, consistent with a fear of the harmful consequences of equalization. History illustrates the origin of the State-nation and its present problems. Political philosophy reflects the harsh outcomes when communitarianism, like universalism does not assume its ultimate consequences. The author adopts a universalist stance and hence is for increasing equalization of rights regardless of nationality.

SUMARIO

I. Planteamiento de las hipótesis.

II. Las razones de la historia, razones de ayer.

III. Las razones de la filosofía política: teorías que no asumen sus propios efectos.

IV. Razones pragmáticas, razones débiles.

I. PLANTEAMIENTO DE LAS HIPÓTESIS

En este trabajo defenderé una tesis que puede sonar provocativa: quien justifique que los nacionales de un Estado tengan frente a los extranjeros, y especialmente frente a los inmigrantes, derechos distintos y superiores, necesariamente será una de estas dos cosas (o ambas), o un nacionalista sustancializador de entidades colectivas o un egoísta insolidario. Tanto lo uno como lo otro se puede defender con la cabeza bastante alta y con razones que, como mínimo, tienen sentido y merecen ser tomadas en consideración. Lo que en mi opinión no cabe es proclamar la validez no puramente coyuntural y provisoria de las razones que sostienen esa discriminación y, al mismo tiempo, decirse universalista, partidario de la igualdad o defensor de una ética de principios no sesgada por razones grupales e intereses particulares.

Aclaremos lo que queremos expresar con esas dos etiquetas de nacionalista sustancializador de entidades colectivas o egoísta insolidario.

El primero es aquel que estima que no son los seres humanos individuales los únicos seres o entes personales o cuasipersonales que pueden y/o deben ser titulares de intereses, consideración moral o derechos, incluidos derechos humanos fundamentales. Pero esto no es todo. Qué duda cabe de que un determinado grupo humano, una asociación benéfica por ejemplo, puede considerarse titular de derechos, merecedora de alabanza y buen trato y plasmación de un interés conjunto de sus miembros en la consecución de algún noble y benemérito objetivo. Por eso hay que añadir un elemento más al tipo de grupo a que nos estamos refiriendo, y ese elemento es su condición de grupo no puramente contingente, esto es, dependiente de aleatorias circunstancias o de la voluble voluntad de sus miembros; o, formulado en positivo, que la existen-

¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?

I

cia del grupo es en alguna forma independiente de sus miembros y debida a datos o factores que trascienden en mayor o menor medida a éstos¹.

Aplicado a nuestro tema, lo anterior significa que ese aparato jurídico-institucional que llamamos Estado tendría un sustrato o fundamento material, ya sea cultural, étnico, religioso, ideosincrásico, lingüístico, de psicología colectiva, etc., o una combinación de varios de ellos, razón por la que precisamente ese Estado, con su extensión, su población, etc., es Estado porque merece o debe ser Estado, a fin de que lo jurídico-institucional esté en armonía con lo material de fondo que le da sentido y lo justifica. De la misma manera que un ser humano individual es persona y merece el trato y los derechos de persona por el hecho de poseer ciertos caracteres o notas (alma, pensamiento, conciencia libre, conciencia de sí..., según las doctrinas) que lo especifican y lo diferencian de un ser inanimado o de un animal, así también los verdaderos Estados lo son y/o deben serlo en función de la posesión de determinados caracteres que los hacen acreedores, con fundamento, de semejante naturaleza estatal. Y si esto es así, la condición de nacional (y los correspondientes derechos) ya no podrá verse como cuestión puramente aleatoria, casual o dependiente de azares múltiples, sino como debida o necesaria (o vedada) en razón de la participación en esas características, ya sea esa participación real o analógicamente considerada. Y el reverso del asunto es que quien no esté en esa relación con el sustrato material que otorga el ser y la vida al Estado en cuestión no podrá gozar de idénticos derechos a los de los nacionales, si no es a costa de ir contra el ser verdadero y natural de las cosas.

Así pues, la primera y más fácil justificación que podemos toparnos para explicar los distintos y menores derechos de los inmigrantes es ésa que hemos llamado de nacionalismo sustancializador y que podemos resumir así: los inmigrantes no pueden tener los mismos derechos que nosotros, los nacionales, porque no forman parte (al menos de entrada y mientras no adquieran algunas de esas notas dirimientes) de la nación, y dado que la nación es el sustrato que da sentido al Estado y aglutina a sus nacionales. Por tanto, la nación no es el conjunto (coyuntural, dependiente sólo del aleatorio contenido de las normas jurídicas de nacionalidad) de los nacionales, sino que el asunto es al revés: los nacionales lo son y merecen serlo por obra de la presencia en ellos de la nota o las notas que definen a la nación.

Decíamos que la otra posibilidad de justificar el distinto trato es apelando al egoísmo, al puro autointerés, que prevalece sobre cualquier expresión de solidaridad con el otro. El modo de razonar en este caso, y cuando no aparece ningún elemento del nacionalismo sustancializador que acabamos de presentar, se puede esquematizar así: posiblemente no hay ninguna razón de fondo o sustancial, sino la pura casualidad y el azar histórico, por la que yo y mis compatriotas seamos precisamente nacionales de este Estado X y no lo sean, en cambio, el señor Y o el señor Z. Ahora bien, una vez que las cosas son así, ante la cuestión de que el señor Y y el señor Z también quieren vivir en este nuestro Estado X e, incluso, ser sus nacionales, calculamos si esa pretensión

(1) O, en los términos de PÉREZ LUÑO: "A partir de la Ilustración, la cultura y la política europeas se hallan abocadas a optar entre dos alternativas contrapuestas: la *humanista cosmopolita*, de estirpe kantiana, que parte de la dignidad, la autonomía y la no instrumentalización de los hombres libres; y la *tradicón nacionalista*, de signo herderiano, que concibe la nación o el pueblo como entidades colectivas naturales, dotados de espíritu propio, cifrado en esencias irracionales que trascienden los derechos de sus componentes" [A.-E. PÉREZ LUÑO: "Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos", en F.J. ANSUÁTEGUI ROIG (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 260].

nos interesa y, en función del resultado de ese cálculo, decidimos si les permitimos venir aquí y bajo qué condiciones, y establecemos también cuáles serán sus derechos, dado que estamos en situación de y tenemos el poder para dirimir al respecto. Y lo normal y más frecuente es que o bien nos beneficie que *Y* y *Z* no vengan (para que no gasten de nuestros bienes o no compitan con nuestros intereses; para que no tengamos que repartir con ellos el pastel, en suma), o bien que vengan pero con unos derechos limitados que aseguren su subordinación a nosotros, con lo que en lugar de competir con nuestros intereses sirven a los mismos, y sin tomar del pastel ni un ápice más de lo que nos convenga darles². Para este razonador egoísta el Estado nacional es el mejor instrumento de protección de los intereses de quienes, como él, son sus ciudadanos, y por eso también su lealtad al Estado es el resultado de un cálculo interesado.

Sostenemos que la discriminación jurídica del inmigrante sólo se puede explicar desde el nacionalismo sustancializador o desde el egoísmo insolidario. Pero muchos responderán a esto que las razones de más peso no necesitan ser tan de fondo, que son razones puramente pragmáticas, derivadas de los malos efectos prácticos, incluso para los propios inmigrantes a los que se pretendía favorecer, que se podrían seguir de una igualdad en derechos y de la ausencia total de restricciones. Estos motivos pragmáticos tienen mucho de coyunturalmente válidos, pero sólo pueden funcionar como una especie de atenuantes de que aquí y ahora no igualemos a los inmigrantes, no como razones para negar la justicia y conveniencia, en abstracto, de su equiparación. Es decir, quien invoca un motivo pragmático (como pueda ser que con la igualdad y la no restricción aumentarían el malestar social, el racismo, la xenofobia etc.) o bien pretende simplemente camuflar la índole puramente egoísta de sus razones, o bien tendrá que admitir, en primer lugar, que ese atenuante vale ocasionalmente y sólo mientras la situación social de prejuicio y malentendido se mantenga, y, en segundo lugar, que hay que poner todos los medios (educativos, presupuestarios, jurídicos, etc.) para acabar con esos efectos sociales negativos y propiciar una plena integración sin aquellos riesgos; porque, si no se piensa y se hace así, se está haciendo virtud de un prejuicio, se está reconociendo que cuando la presencia en igualdad de los inmigrantes provoca, por ejemplo, aumento de la xenofobia, ese xenófobo tiene buenas razones, o razones válidas y comprensibles para serlo.

Nuestra pregunta es, recordémoslo de nuevo, qué razones hay para creer o admitir que un inmigrante extranjero no tenga derecho a instalarse libremente en nuestro Estado y, una vez aquí, no posea nuestros mismos derechos (y nuestras mismas obligaciones, claro) en todos los ámbitos, si es que los quiere. Concretando hasta la caricatura, podíamos expresar el mismo interrogante también así: puesto que quien suscribe es natural de una pequeña aldea de Gijón (Asturias, España), la pregunta que se me ocurre es por qué hay restricciones para que en mi aldea se instale y goce de mis mismos derechos alguien de Burundi o de Irán o de Bolivia y no las hay para que lo

(2) Como explica Héctor SILVEIRA, interpretando los móviles de partidos como la Liga del Norte, en Italia, o el Partido Liberal, en Austria, partidos que presentan a los inmigrantes como “los nuevos enemigos simbólicos de la patria”, “sus discursos no hacen más que remarcar las diferencias, haciendo aún más grande la brecha entre los autóctonos y los foráneos y favoreciendo con ello las políticas de discriminación y de segregación. Pero sus verdaderas pretensiones, en el fondo, no son tanto impedir un posible mestizaje entre culturas sino sobre todo evitar que las personas que vienen de fuera logren acceder a los bienes y riquezas del grupo” [H.C. SILVEIRA GORSKI: “La vida en común en sociedades multiculturales. Aportaciones para un debate”. En: H.C. SILVEIRA GORSKI (ed.): *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 19].

¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?

| I

haga alguien de Madrid, de Málaga, de Bilbao, de Oviedo, o de otra aldea que no sea la mía. ¿Qué cosa no puramente casual y secundaria tengo en común con todos éstos que no tenga en común con los primeros³? Seguramente las mejores fuentes de respuestas a esta pregunta están en la historia y en la filosofía política. Asomémonos brevemente a lo que cada una puede darnos.

II. LAS RAZONES DE LA HISTORIA, RAZONES DE AYER

Es de sobra sabido y está hasta la saciedad demostrado que el modelo político del Estado-nación es un invento relativamente reciente. No sólo la palabra “Estado” en este su sentido moderno se inventa allá por el siglo XVI, parece que por obra de Maquiavelo, sino que también el otro elemento de la relación, la idea de “nación”, experimenta una muy relevante mutación semántica para poder emparejarse con aquel concepto. En efecto, tal como bellamente ha mostrado hace poco entre nosotros⁴ José María RIDAO, antes del nacimiento del Estado-nación moderno la semántica de “nación” tenía que ver con linaje, credo o lengua, pero no con la conjunción de espacio geográfico y población abarcada por un Estado⁵. Se

(3) El nacionalista español tendrá distintas ocurrencias para fundamentar lo que tengo en común con los de Málaga y no tengo con los de Irán o Bolivia. De acuerdo, concedamos eso. Pero, entonces, ¿cómo justificar que sí pueda instalarse y trabajar en mi aldea con derechos muy parejos ya a los míos un nacional alemán o danés, tan distintos de nosotros, los aborígenes asturianos? El nacionalista que, otra vez, se quiera coherente no podrá responder que estos últimos pueden hacerlo en virtud de normas y acuerdos internacionales que así lo permiten en la actual UE, porque de inmediato el no nacionalista responderá que de eso se trata: de simplemente cambiar las normas para que ninguna cuestión racial, histórica, idiomática, etc., impida a cada uno vivir, competir y disfrutar donde quiera, sea cuál sea su tierra de origen, su color o su idioma. De ahí que el nacionalista más coherente sea el defensor férreo de la soberanía estatal a la (ya) antigua.

(4) Desde otros ámbitos, véase por ejemplo H. SCHULZE: *Estado y nación en Europa*, Barcelona, Crítica, 1997, pp. 88 y ss.

(5) Vid. J.M. RIDAO: *Contra la historia*, Barcelona, Seix Barral, 2000, pp. 21 y ss. No me resisto a recoger una larga cita de esta obra: “*Nosotros*, a quién representa o encarna ese *nosotros*: ésa es la cuestión, ésa ha sido siempre la cuestión. Antes de la Reforma, y visto desde la perspectiva de la Europa posterior a 1492 –privada ya de la Granada nazari–, *nosotros* éramos cristianos y *ellos* musulmanes o judíos. Después de la Reforma, y visto ahora desde la perspectiva de los Habsburgo peninsulares, *nosotros* éramos católicos y *ellos* –además de musulmanes o judíos– calvinistas, anabaptistas o luteranos. Desde principios del siglo XIX, y tal como pone de manifiesto el agudo genio de Blanco, *nosotros* éramos católicos y *ellos* –además de judíos, musulmanes, calvinistas, anabaptistas o luteranos– ingleses, franceses, alemanes o polacos. En definitiva, la respuesta a la cuestión de a quién representa o encarna ese *nosotros* va adoptando un sentido diferente en virtud de los valores consagrados en cada época, de modo que introduce fracturas en comunidades humanas que permanecían unidas o restaña las que separaban a otras. Lo que Blanco White observa al señalar al patriotismo como causante de «los mayores males» es que, en los años turbulentos en que le ha tocado vivir, lo que traza la divisoria fundamental en el interior de las comunidades humanas no es ya sólo el credo o la lengua, sino también el origen geográfico. La patria determinaría ahora la nación de los individuos, y por eso no es extraño que el Romanticismo desarrolle hasta el extremo la idea de que la geografía y el clima influyen decisivamente en la configuración de los caracteres nacionales, ni que el patriotismo en que acaba disolviéndose la Ilustración sea la antesala del nacionalismo” (ibid., pp. 55-56).

Podríamos a partir de ahí preguntarnos cuál es ahora el límite simbólico entre el nosotros y el ellos en sociedades como las que integran la Unión Europea. Y estoy tentado de decir que ese límite simbólico lo marcan los derechos humanos: nosotros somos el grupo que tiene como su característica suprema y unificadora el respeto de tales derechos; ellos son los que grupalmente los vulneran. Pero la sorpresa viene acto seguido: por eso no podemos reconocerles a ellos tales derechos cuando están *entre nosotros* o no podemos permitirles que vengan aquí. Volveré sobre este asunto.

podría interpretar que es el Estado el que crea la moderna noción de nación que le sirve de soporte⁶.

Si el moderno Estado-nación surge en tiempo tan cercano y se eleva a centro de la organización política, con él nacerá también, necesariamente, una particular configuración de la nacionalidad y la extranjería, bajo forma juridificada, como corresponde a una de las características definitorias de dicho Estado. Pero esto no puede ocultarnos el hecho de que a tantas formas políticas, de hoy y del pasado, les es común la necesidad funcional del extranjero, del otro, del que no es de los nuestros.

En efecto, hasta hoy al menos, hablar de vida social organizada es hablar de un grupo que se rige por normas comunes, normas que también establecen quién y cómo puede mandar dentro del grupo. Por lo mismo, hablar de grupo político es hablar también de lealtad a esas normas y a quienes las proclaman. Pues bien, esa lealtad que vertebrata el grupo funciona porque es el resultado de un movimiento doble, hacia adentro y hacia afuera. Hacia adentro, lo que mueve a los miembros del grupo a quererse unidos y acatar las normas comunes es la conciencia de la coincidente identidad en lo que se tenga por más importante. Es una fe compartida la que edifica el nosotros, la creencia de que lo que nos identifica precisamente con este determinado grupo está muy por encima de lo que nos separa en tanto que individuos diversos en multitud de cosas. Esa conciencia del nosotros se puede apoyar en que seamos precisamente “nosotros” los que hablemos una lengua, tengamos ciertos rasgos, profesemos una religión, practiquemos ciertos usos, etc.⁷. Una de las grandes tensiones de la época moderna proviene precisamente de que el Esta-

(6) En palabras recientes de Gerd BAUMANN, hay que dejar de lado “la ingenua creencia de que el Estado no es más que un negocio secular que sirve para proporcionar las necesidades materiales. El Estado-nación tiende a ser secularista, pero no es de ninguna manera secular. Es decir, sitúa a las Iglesias y al culto en una esfera privada, pero el vacío de retórica mística y de ritual resultante se rellena rápidamente con una cuasireligión creada por el Estado. La nación de cada Estado se construye como una comunidad imaginaria, como si fuera una enorme *superetnia* supremamente moral, y el Estado-nación depende de una red de valores, lugares y épocas simbólicas que no son más que una especie de religión” (G. BAUMANN: *El enigma multicultural*, Barcelona, Paidós, 2001, trad. de C. Ossés Torrón, p. 63).

(7) Lo que de esa forma se construya puede ser también una región y un “patriotismo regional”, desemboque o no en nacionalismo independentista. Un análisis sumamente ilustrativo de un caso ejemplar, el de la región Noroeste de Brasil, lo realiza DURVAL MUÑIZ DE ALBUQUERQUE Junior en su trabajo “Enredos de la tradición. La invención histórica de la región Nordeste de Brasil”, en *Habitantes de Babel. Políticas y poéticas de la diferencia*, Barcelona, Alertes, 2000, pp. 213 y ss. Su lectura es absolutamente recomendable y nos muestra los mecanismos mediante los que la identidad regional se va afirmando a partir de la invención de una historia común (“... el primer trabajo hecho por el movimiento cultural iniciado en el Congreso Regionalista de 1926 fue instituir un origen para la región. Esa historia regional retrospectiva intenta dar a la región un estatuto al mismo tiempo universal e histórico. Sería la restitución de la verdad de un desarrollo histórico continuo, en el que las únicas discontinuidades serían de orden negativa: olvido, ilusión, ocultación. La región se inscribe en el pasado como una promesa no realizada, o no percibida, como un conjunto de indicios que ya denunciaban o preanunciaban su existencia. Se mira para el pasado y se alinean una serie de hechos para demostrar que la identidad regional ya estaba presente. Se empieza a hablar de la historia del Nordeste, desde el siglo XVI, proyectando hacia atrás una problemática regional y un recorte espacial que sólo se da al saber a los incios del siglo XX” – *ibid.*, p. 227–), unos elementos que constituían, aun cuando nadie antes lo supiera aún, una tradición compartida (como siempre, el folclore es el recurso más fácil. “Una verdadera idealización de lo popular, de la experiencia folclórica, de la producción artesanal, consideradas siempre como más próximas a la verdad de la tierra” – *ibid.* p. 230–. “El folclore sería el depósito de un inconsciente regional subrayado, de

¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?

| I

do-nación y el racionalismo individualista se van afirmando coetáneamente y cada uno, llevado a sus últimas consecuencias, constituye la negación del otro: el individuo plenamente integrado en su nación es el que hace dejación de su autonomía individual y se pliega (o se inmola) a las determinaciones y los designios colectivos, en aras de lo que en el colectivo ve de superior encarnación del bien; mientras que el sujeto que quiera vivir del modo más concreto esa autonomía ética individual, que se eleva a supremo valor de este tiempo, se verá abocado a la frecuente desobediencia, al descreimiento de cuanto impele a las masas y al escepticismo frente a las ciegas lealtades que el Estado se gestiona por medios generalmente poco acordes con la conciencia individual reflexiva, crítica y kantianamente ecuánime. Sólo el genio de Rousseau y compañía, con ese prodigio de feliz metafísica que es la teoría democrática, permitió ocasionales salidas para aquella insoportable tensión.

Estábamos en que la lealtad que todo modelo político requiere se nutre de un doble movimiento, hacia adentro y hacia afuera. Este último se refiere a la necesaria existencia de un otro exterior frente al que afirmarse, de un otro distinto por referencia al cual nuestra identidad pese más que nuestra interna diferencia. Posiblemente esto es lo que el contractualismo no supo describir con precisión, es el elemento que falta a su fundamentación de la nueva legitimidad del moderno Estado. En efecto, los individuos salen del hipotético estado de naturaleza para beneficiarse de la colaboración mutua y/o evadir el miedo resultante de que en aquel estado natural cada uno es para los demás un otro impenetrable e imprevisible. Parece, pues, que es un cálculo perfectamente racional el que lleva a los sujetos a agruparse bajo un poder que vele por su seguridad y sus propiedades. Mas así fundada, sin más, la legitimidad de los modernos Estados, con su amable faz de síntesis consensual de intereses antes rivales, oculta un dato decisivo: que el modelo de poder que de tal guisa se erige sigue necesitando del miedo, y en concreto del miedo al otro, como base de la lealtad y la obediencia, y que cuando el otro que se teme deja de ser el vecino próximo, sigue haciendo falta el peligro de un otro lejano al que se toma por incapaz de compartir esa razón y ese cálculo que nos lleva a vivir pacíficamente en Estado y frente al que, por consiguiente, se impone una política de recelo y defensa, cuando no de preventiva agresión y dominio. Es crucial para el mantenimiento de la lealtad al Estado el equilibrio de los miedos: cuanto menos se teme al conciudadano más se debe temer al extranjero. Porque si ambos temores descienden por igual y en grado muy significativo, va desapareciendo la razón para acatar a ese aparato estatal que monopoliza la fuerza legítima, se supone que por nuestro bien. Y por eso el triunfo hacia adentro del Estado, usando con sumo arte de todos los elementos aglutinadores

una estructura ancestral, y permitiría el conocimiento espectral de nuestra cultura regional. El folclore sería la expresión de la mentalidad popular y ésta, a su vez, de la mentalidad regional" –ibíd. p. 231–. El comentario siguiente del autor no tiene desperdicio: "Aunque se presenten como defensores del material folclórico, estos folcloristas son paradójicamente sus mayores enemigos y detractores al marginalizarlo, al impedir la creatividad en su interior, al celebrar su permanencia a lo largo del tiempo, lo que significa celebrar su obsolescencia" –ibíd. p. 231–), una psicología común ("un espacio de saudades" –ibíd., p. 237. "La región Nordeste (...) fue fundada en la saudade y en la tradición" –ibíd. p. 214–) y un rival "natural" ("El Sur es el espacio-obstáculo, el espacio-otro contra el que se piensa la identidad del Nordeste. El Nordeste nace del reconocimiento de una derrota, es fruto del cerramiento imaginario-discursivo de un espacio subalterno en la red de los poderes por parte de aquellos que ya no pueden aspirar al dominio del espacio nacional" –ibíd. p. 219–) y un modo de ser, todo al servicio de hacer de lo múltiple de todo grupo una realidad unitaria ("En lo que hoy llamamos Nordeste hay una realidad múltiple de vidas, historias, prácticas y costumbres. Y es el borrado de esa multiplicidad el que permitió pensar esa unidad imaginario-discursiva" –ibíd. p. 215–).

con los que se va construyendo la idea de nación, fomentando el sentimiento de “integración” entre los conciudadanos y acrecentando la lealtad política de los mismos, tiene que traducirse en una simultánea persuasión del peligro que proviene de la diferencia de los otros, con base precisamente en su condición de radicalmente diversos. De ahí, tal vez, que el máximo ejemplo de integración en el Estado-nación y la apoteosis de la lealtad estatal, la más perfecta simbiosis del ciudadano con su Estado, se diera en la Alemania nazi, y eso a lo mejor disuelve lo que siempre se presenta como la incomprensible paradoja histórica de que en el Estado de Kant y todo el idealismo alemán se produjera semejante explosión de la más terrible irracionalidad política: porque, precisamente en un Estado con tan elevada presencia de una razón universal, o se realizaba definitivamente el hegeliano paso al mundo de la pura idea (o a su versión marxiana de la disolución del Estado en la sociedad comunista) y se eliminaban los elementos coactivos que identifican y dan sentido al Estado; o se introducía a tiempo un enemigo para seguir justificando la necesidad de la fuerza estatal y la lealtad de los ciudadanos propiciada por el miedo a los otros, llenos de peligro. Y el logro consistió en que ese enemigo se desdobló prodigiosamente en enemigo interno (los judíos⁸) y externo, con lo que la expansión del Leviatán en ambas direcciones fue perfectamente querida por los alemanes⁹.

Tenemos, pues, que la base de la existencia y pervivencia de un Estado es la fe de los ciudadanos en su legitimidad y que esa fe se alimenta de un doble movimiento, de afirmación hacia adentro de la identidad común, y con ello de la solidaridad entre los conciudadanos, y, hacia fuera, de la diferencia y los peligros del otro, frente al que la insolidaridad no significará entonces egoísmo o falta de amor al prójimo, sino legítima defensa o, más aún, defensa de la verdadera civilización y de los más elevados valores que el ser humano (en su versión buena, claro) atesora. Y ese gran éxito del Estado moderno en su acopio de legitimidad en nombre de valores cada vez más abstractos explica lo que a todos nos parecería inverosímil si pudiéramos disfrutar de suficiente distanciamiento intelectual: que tantos hayan estado dispuestos a morir por él¹⁰. La explicación es que, en realidad, esos soldados movilizados no iban gratuitamente a morir por el Estado, sino por cosas con una connotación emotiva mucho más fuerte: la patria, la fe, la nación, los ideales de un pue-

(8) Uno de los más extensos y rotundos testimonios del proceso y los efectos de la demonización de los judíos que desembocó en el holocausto se contiene en el polémico libro de Daniel J. GOLDHAGEN: *Los verdugos voluntarios de Hitler* (Madrid, Taurus, 1997, trad. de J. Fibla).

(9) En el constitucionalismo alemán de la época hay dos autores que representan perfectamente la preocupación por el mantenimiento de la legitimación estatal como empatía de los ciudadanos con ese ente colectivo que es el Estado. El uno, Rudolf Smend, hizo la versión positiva, mostrando cómo la verdadera constitución del Estado radica en el sentimiento que hace a sus nacionales sentirse unidos ante sus símbolos (la bandera, el himno) y embarcados en su común destino; el otro, Carl Schmitt, vio mejor que nadie cuán difícilmente se mantiene la lealtad a una bandera cuando no hay un enemigo ante el que enarbolarla en la batalla.

(10) Como recientemente ha resaltado Fabrizio BATTISTELLI, hay más que abundante evidencia histórica “del decisivo papel desempeñado por la guerra (y su instrumento, la organización militar) en la afirmación, la consolidación y la crisis de las naciones”. Esa tendencia, ya totalmente presente en la edad clásica con las *poleis* y los grandes imperios, resurge con renovado vigor en la edad moderna con la afirmación en Europa del Estado-nación. Así se explica que socialmente se represente “el espíritu militar como quintaesencia del patriotismo y el valor militar como banco de prueba del «carácter» de un pueblo” (F. BATTISTELLI: “Ethnos e polemos. Perché gli italiani non hanno spirito militare?”, *Teoria politica*, XVI, 2000, p. 79).

¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?

I

blo, etc. ¿Quién arriesgaría su vida por el Estado si en éste no se viera nada más que un entramado de normas jurídicas que configuran instituciones y órganos?¹¹.

Pero estábamos en las razones de la historia y lo que tenemos que preguntarnos ahora es cuánto se mantiene en pie de esto que ha sido historia del Estado-nación moderno. Y me atrevería a decir que uno de los grandes problemas con que los actuales Estados occidentales se topan es la dificultad para conservar en funcionamiento el espantajo del enemigo interior y exterior como base de su autoinducida legitimación. Y para salvar la dificultad tienen que presentar versiones cada vez más sofisticadas y aterradoras del otro, del enemigo que no es como nosotros y no forma parte de nuestra verdadera nación. Ilustrémoslo brevemente.

A dichos efectos de propiciar lealtad interna entre los nacionales, nada es más útil a una nación que otra nación rival. Y la situación es, para esos fines, perfecta cuando, como supo hacer el nazismo, el enemigo nacional se bifurca en enemigo interno y enemigo externo. Tal es lo que, en mi opinión, se está induciendo entre nosotros, en España. Hay un enemigo “nacional” interno, constituido por el terrorismo nacionalista y las mafias “extranjeras”, y hay un enemigo externo, que es el inmigrante que quiere entrar y amenaza nuestra seguridad y/o nuestra cultura.

Comencemos con el enemigo interno. No voy a negar aquí, en modo alguno, que en un país como España el terrorismo y la delincuencia ejercida por mafias internacionales tengan la talla de un verdadero y serio problema. No verlo así sería ceguera imperdonable, sin duda. Lo que llama la atención no es la entidad absoluta del problema, sino su entidad en términos relativos: la proporción en que ese problema preocupa (o se hace que preocupe) a los ciudadanos. No se tome como frivolidad o insensibilidad lo siguiente, en lo que ruego que se medite lo más desapasionadamente que sea posible: ¿por qué socialmente inquietan más los terroristas que los conductores borrachos, por ejemplo, cuando éstos causan muchos más muertos? Creo que la respuesta es fácil: porque de los primeros los políticos y los medios de comunicación hablan mucho más y mucho más dramáticamente que de los segundos. Los dos nacionalismos en pugna se hacen recíproco favor con sus acciones y reacciones, en su lucha por la legitimación, que es lucha por el dominio de las conciencias. Lo que más beneficia a los intereses del terrorista nacionalista es que se hable mucho de su acción, y lo que mayor cohesión social logra por el otro lado es el sentimiento de unidad e integración con el Estado legítimo, en la conciencia de que quien “nos” ataca es el que se quiere distinto y quiere hacernos extranjeros allí donde ahora somos nación. Y entretanto puede haber una curva asesina o una raya discontinua mal pintada en una carretera que no se reparan porque los muertos que causan no tienen etiqueta política, y hay que esperar a la acción privada, en forma de demanda de responsabilidad civil contra el Estado.

(11) La teoría del Estado se encuentra en esa encrucijada entre lo racional y lo emotivo, y por eso la teoría del Estado que sea más racional resultará menos funcional, y la mejor, más desapasionada, más distanciada, más científica descripción de la política, el Estado y sus mecanismos será la más inconveniente para la persistencia de la fe en esos mecanismos mismos. De ahí que KELSEN haya sido tan poco amado por los creyentes en las naciones o los interesados en defenderlas.

¿Y qué decir de la reiterada obsesión por poner apellido de nacionalidad a los delitos cometidos por extranjeros? Cuando la mafia es de compatriotas no se dice “la mafia española del delito x”, pero vivimos ya todos medio sobrecogidos por la presencia en nuestro suelo de mafias rusas, rumanas, colombianas, etc. Y cuando el violador es de Segovia, pongamos por caso, apenas se menciona el dato o se lo dice de pasada, pero cuando es marroquí la procedencia aparece en el titular. Y la pregunta es por qué nos asustan más los delitos de los extranjeros. Pues, aun a riesgo de resultar monótono y repetitivo, aventuro la misma respuesta: porque en términos de construcción de legitimidad estatal es más conveniente así. Ya tenemos el enemigo interno. Localizar al enemigo exterior es sencillo, pues lo compartimos con los demás países amigos: el Islam y el narcotráfico internacional. Sobran los comentarios.

Con todo y con esto que llevamos mostrado, es de justicia reconocer que el Estado-nación actual tiene muy difícil esa empresa de procurarse legitimación por la vía de incitar el miedo al otro, al desconocido, al extranjero. La tan cacareada globalización ha traído consigo la crisis del espíritu de aldea que alimentaba las lealtades nacionales. La proporción entre lo que a nivel cultural y simbólico une o separa a los sujetos individuales en el mundo actual y al margen de su nación, se va invirtiendo de modo imparable. Lo que los puede diferenciar (el idioma materno, la fe en que se educaron, los rasgos raciales...) va dejando su protagonismo a lo que hay en común: no nos conocemos los unos los dioses de los otros ni hablamos el lenguaje de la aldea del otro, pero podemos entendernos en inglés, vestimos *jeans* y todos sabemos quiénes son Bruce Springsteen, Julia Roberts y Michael Jordan. Pierde sustento la vinculación a la tierra (al terruño, al paisaje...) en un tiempo de tan gran movilidad viajera, en el que hasta el agricultor del pueblo más apartado de nuestro país es probable que haya viajado a la República Checa o a Noruega. También se disuelve buena parte de la función identitaria de la lengua cuando ésta deja de tener correspondencia con un particular modo de vida, ya que los modos de vida se están uniformando y homogeneizando al margen de la diversidad lingüística. Y otro tanto sucede con otros elementos de lo que a veces se considera la cultura propia de un grupo, como el folclore, la gastronomía, etc., en esta época en que o bien el cultivo del folclore pasa a ser arqueología cultural (y subvencionada, como opuesto a vivida), o bien en cada pueblo hay varias pizzerías, unos cuantos restaurantes chinos, etc.

Quizá el mejor indicio de la imparable disolución de los anteriores cimientos del Estado-nación se ve en lo que toca a los ejércitos. El aflojamiento de la lealtad grupal obediente a la conciencia de la propia diferencia frente al exterior, unido a la creciente sensación de que no puede ser enemigo externo alguien que comparte los mismos gustos musicales, los mismos anhelos, con el que cabe el entendimiento en inglés y con el que se “chatea” y se puede entrar en relación personal en numerosas ocasiones y circunstancias, hacen que el joven de nuestros países no encuentre razón de peso para arriesgar la vida por su nación en lucha a muerte con ese otro que ya no se ve como extraño. No puede, así, sorprender que nuestros Estados estén teniendo que retornar al viejo modelo del ejército mercenario, en el que el servicio a las armas ya es oficio y no solidaria donación de uno mismo. Más aún, tampoco extrañará que concurran tantas dificultades para hallar suficientes candidatos para soldados profesionales. Y la paradoja se radicaliza cuando el Estado tiene que ir a buscar sus soldados entre los

¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?

| 1

extranjeros¹², momento en que ya difícilmente se nos puede hacer creíble que la función esencial del ejército es defendernos frente al enemigo que amenaza al otro lado de nuestras fronteras, salvo que ese enemigo ya no se contemple como enemigo nacional, sino cultural, como está sucediendo ahora mismo.

Concluimos este apartado, así pues, con la impresión de que la historia nos muestra con suma nitidez que el Estado-nación se constituyó en la modernidad explotando y fomentando la diferencia del grupo frente al otro, frente al foráneo que era por definición diferente, y al enemigo interno, retratado como la cara sombría de nuestro propio ser que hay que mantener a raya. Pero que en los momentos actuales es sumamente difícil mantener ese dualismo del nosotros y el ellos¹³, pese a los ingentes esfuerzos por construir fantasmagóricos enemigos que aún nos atemorizan y nos inciten a una gregaria actitud defensiva y de demanda de Estado protector.

Todo ello cobra caracteres aún más novedosos allí donde los países se agrupan en procesos de cesión de soberanía y construcción de nuevas formas de relación política y económica que vienen a ser macroestados. Es el caso en particular de la UE. Si, por ejemplo, los españoles formamos unidad política, económica, militar, etc. con países como Francia, Portugal, Alemania o Finlandia será porque ya no hay ninguna correspondencia entre la unidad política y cosas tales como la lengua, la fe religiosa, las costumbres, etc. Por tanto, el nosotros que aglutine en unidad política y genere lealtad ya tiene que ser algo bastante más abstracto que cualquiera de esos datos diferenciadores. ¿Pero qué puede ser lo que tengamos en común y nos una en medio de tan radical diversidad, y más cuando también países eslavos o la islámica Turquía se hayan incorporado a la UE? ¿Y qué puede ser que no sólo nos una, sino que, además, nos permita diferenciarnos frente a los otros que no son parte de dicha unidad política?

Curiosamente, esa función la está ejerciendo una vaga noción de la cultura occidental y una más concreta concepción de los derechos humanos como emanación central de dicha cultura. Y el otro ante el que se enarbola ese dato identificatorio del nosotros es ante todo el Islam¹⁴. Y ahí sí

(12) Es tradición, sin embargo, en numerosos países la existencia de cuerpos de su ejército integrados por o abiertos a los extranjeros. Piénsese en la Legión Extranjera de los franceses o los gurkas británicos. Pero no hay que perder de vista que tales cuerpos eran presentados como los más brutales y temibles, con lo que se reforzaba la idea de que era el extranjero precisamente quien poseía esos caracteres. El mismo rol jugaron los “moros” en el ejército golpista de Franco.

(13) Como dice BONANATE: “la de la identidad no es una crisis ontológica, sino histórica” (L. BONANATE: “Bersaglio mobile. Cittadinanza e identità nazionale”, *Teoria Politica*, XVI, 2000, p. 44).

(14) Explica bien Javier DE LUCAS cómo ese proceso reviste en la Europa actual una doble dimensión, tanto a escala nacional como de conjunto de la Unión Europea: la identidad europea “no puede edificarse sobre la base de identidades primarias (raza, religión, tradición, cultura, lengua), sobre la identificación entre *etnos* y *demos*, sin que ello suponga automáticamente la exclusión de una parte de la población que se quiere europea. Esto es especialmente importante en un contexto en el que las estrategias de relegitimación en buena parte de los países de la UE (RFA, Francia, España, Italia) parecen optar por la creación del «problema de la inmigración» como coartada política del viejo mensaje de la seguridad y el orden frente a la amenaza exterior (la amenaza laboral, demográfica, cultural, de orden público). Es una estrategia que exige subrayar la incompatibilidad de ese *agresor externo*, destacando sus rasgos ajenos: otra religión, otra cultura. Por eso la demonización del Islam –la amenaza más verosímil para los europeos– o la identificación reductiva y unilateral del «peligro fundamentalista» con el Islam, o con el mundo árabe, exigida por quienes esgrimen el argumento del conflicto de civilizaciones, una estrategia que es utilizada por las dos partes (piénsese en el Gobierno argelino, o el turco)” (J. DE LUCAS: “Ciudadanía y Unión Europea intercultural”, *Anthropos*, 191, 2001, p. 103).

llegamos ya a la definitiva paradoja que nos paraliza en estos momentos: el enemigo es la cultura islámica, que supuestamente amenaza nuestra cultura y nuestros derechos humanos con prácticas tan brutales como la ablación femenina de que tanto se habla (con justicia) en estos días entre nosotros, después de tantísimo tiempo de (injusta e incomprensible) indiferencia. Pero resulta que, al mismo tiempo que vemos al enemigo al otro lado del Estrecho de Gibraltar, necesitamos importar de allí mano de obra y hemos de abrir la puerta a la inmigración. Y nosotros, que presumimos de unos derechos humanos que nos identifican y cuyo sistema tiene en la cúspide la idea de igual dignidad de cada ser humano y la prohibición de discriminación por cualquier razón de raza, religión, opinión, etc., nosotros que nos identificamos como cultura precisamente por la filosofía de esos derechos humanos de la libertad, igualdad y solidaridad... negamos a los inmigrantes esos derechos, con algo similar al viejísimo argumento de que no los entenderían, o no los desean, o no sabrían aplicarlos. Renace por enésima vez de sus cenizas el mito del bárbaro, del esclavo, del indio, de todos los cuales se dijo en su tiempo que no podían ser tratados como nosotros porque no eran como nosotros, porque algún defecto congénito les llevaría a padecer como condena lo que para nosotros es suprema ventaja: la libertad.

III. LAS RAZONES DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA: TEORÍAS QUE NO ASUMEN SUS PROPIOS EFECTOS

Con el habitual riesgo de simplificación y de excesiva caricatura, me atrevo a dividir la actual filosofía política, en lo que afecta al tema que aquí nos importa, en dos corrientes principales, la universalista y la antiuniversalista. Como fácilmente se intuye, la corriente universalista sostiene que existen preceptos de una moral racional de validez universal, de modo que titulares del correspondiente derecho moral son todos los seres humanos, sea cual sea su raza, su cultura o el sistema jurídico-político en que vivan. Esas éticas universalistas se diferenciarán según el tipo de fundamento que aporten para la universal racionalidad y validez de sus preceptos, pero desde los albores de la modernidad coinciden en lo básico en cuanto al contenido de tales preceptos: dignidad de cada individuo como base del derecho moral de cada uno al goce de su autonomía moral, la cual en el plano externo se traduce en el derecho a la acción libre en lo que no dañe al igual derecho de la libertad de otros, y todo lo cual, a su vez, fundamenta, como secuela inevitable, el derecho a la igualdad de trato de todos en tanto que consecuencia del idéntico valor de la libertad de cada uno. Obvio, pues, que el gozne del universalismo moral es Kant, más allá de que luego este universalismo se diferencie según que sus reglas se sustenten, por unos, en teorías materiales de la justicia o, por otros, en teorías formales o procedimentales.

Por su parte, las teorías antiuniversalistas niegan la validez global de cualquier sistema de reglas morales, como consecuencia de que rechazan que pueda existir una razón o racionalidad de alcance universal y común a las diversidades culturales y las comunidades. Es más, el universalismo es visto como el mero intento de elevar a patrón universal lo que no es sino emanación de una cultura o grupo determinados, simple afán de imperialismo cultural. Los antiuniversalistas que aquí más nos interesan son los relativistas culturales y los comunitaristas, especialmente estos últimos. Puestos a establecer entre ellos una diferencia simple, diremos que los primeros se limitan a la formulación negativa de que ningún sistema de reglas morales puede pretenderse como de validez rebasadora del marco cultural del que surge, con sus determinaciones y

¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?

| 1

dependencias contextuales. No habría, por tanto, ninguna razón imparcial e independiente capaz de dirimir entre los parámetros morales de las diversas culturas y de arbitrar el derecho de alguna de ellas a extender sus puntos de vista sobre o frente a los de las otras.

Por su parte, los comunitaristas dan un paso más y llegan a la formulación de contenidos morales positivos. Para ellos no es sólo que cada individuo esté arraigado en una cultura que forja su concepción de la razón y su percepción del bien y el mal, sin posibilidad de suficiente distanciamiento reflexivo desde una razón no culturalmente determinada; es que, además, lo que cada individuo así está recibiendo es la identidad que lo constituye precisamente en persona, las claves de una autopercepción que le permite la autoconciencia y la socialización a base de insertarse en un entramado de significados y relaciones así cultural y comunitariamente establecido. Por eso la primera obligación moral de cada uno es la de lealtad y fidelidad a ese tejido cultural que le da su ser y su personalidad, que pone sus señas identificatorias en lo que, si no, sería el puro libro en blanco del sujeto humano genérico, que no es más que el sujeto vacío de significados y símbolos, carente de orientación, deshumanizado, en suma, por incapaz de relación con los demás, por carente de referencias compartidas. Cada comunidad tiene, en consecuencia, su propio espíritu, del que forma parte el sistema de las reglas morales, y el único deber universal que podemos sustentar es el metadeber de que cada sujeto sea fiel a la moral de esa su comunidad que le da su ser; sin mediación posible, sin traducción posible, inconmensurablemente.

El problema de ambas orientaciones, la universalista y la antiuniversalista, es que, llevadas a sus últimas consecuencias, acaban en exigencias más fuertes de lo que sus propios defensores están dispuestos a asumir, por lo que a menudo tienen éstos que dar una cierta marcha atrás e introducir un matiz desactivador de sus mismos postulados, un “sí pero no”. Comprobemos por qué digo esto. Y trataré de mostrar, aun con el peligro de ir demasiado lejos, que ni una ni otra son capaces, sino a un precio altísimo que no quieren, de fundamentar la negación de los iguales derechos del extranjero.

Los problemas prácticos del universalismo comenzaron muy pronto y son de sobra conocidos. El universalismo presente en el iusnaturalismo cristiano tradicional tuvo su cruz en la esclavitud y en la reedición de la figura del bárbaro representada por el indio americano. No es necesario apenas recordar aquí cómo se dividió esa doctrina vocacionalmente universalista entre quienes querían su coherente y completa aplicación y los que justificaban la excepcional discriminación en aras de la constitutiva inferioridad, incapacidad o hasta la congénita maldad de ese otro cuyos derechos se limitaban. El universalismo gana en profundidad cuando, con el racionalismo, el pensamiento iusnaturalista busca el fundamento de la moral universal en lo que es común a todos los seres humanos, la razón, al margen de cualquier diversidad religiosa y de creencias. Y, sin embargo, la contradicción le explotará en sus mismas manos a ese racionalismo universalista cuando, al mismo tiempo que sirve de cimiento al Estado moderno, constitucional y democrático, tiene que convivir con esas mismas constituciones en él basadas pero que discriminan en sus derechos a esclavos, a mujeres y a pobres. El contrato social, como sabemos, es la gran expresión moderna de una filosofía política y moral igualitaria y consensualista, que parte de la igualdad de todos los seres humanos en cuanto titulares de la razón y buscadores de la seguridad, pero que acaba diferenciándonos en función del grado de razón que se supone que cada uno posee o del

distinto peligro que cada cual supuestamente signifique para la seguridad de los otros y hasta de sí mismo. Por eso, porque algunos, por causa de lo constitutiva y naturalmente débil de su razón, son un peligro mayor no sólo para la integridad o los bienes de los demás, sino para sí mismos en cuanto incapaces de administrarse, necesitan un especial control y límites particulares a su autonomía; control y límites que ya no serán discriminaciones porque buscan su bien. Son discriminaciones positivas, digamos.

El universalismo, sin embargo, ha ido apuntándose indudables éxitos y ganando en coherencia a lo largo de los últimos dos siglos. El proceso de igualación y de lucha contra la discriminación ha sido imparable. En los actuales Estados occidentales de cultura universalista es cada vez más difícil encontrar discriminación formal entre sus ciudadanos, y hasta hay que admitir que se ha avanzado enormemente en la amortiguación de las consecuencias más sangrantes de la desigualdad material, por obra de un Estado social que se ocupa de la igualación en la satisfacción de las necesidades más básicas de todos. Ahora bien, el gran reto del universalista en estos momentos es decidir dónde se detiene ese proceso. En concreto, una vez que entre conciudadanos la igualación formal en derechos se puede tener por lograda en altísima medida, la pregunta es: ¿cómo justifico yo, universalista, que se siga diferenciando en cuanto a derechos entre mis compatriotas y los inmigrantes? ¿Qué hay en el Estado-nación que merezca una consideración más elevada que esos derechos morales que universalmente reconozco por igual a cada individuo y entre los que se encuentran el de forjarse autónomamente su vida allí donde quiera hacerlo y como quiera hacerlo, con tal de que no dañe la libertad del otro? ¿Y cómo reconocer al ente grupal nación o a cualquiera de sus ciudadanos un superior derecho frente al individuo extranjero sin caer palmariamente en contradicción con los postulados más básicos de nuestro universalismo de partida?

Bien significativos de esa encrucijada a que ha llegado el mejor pensamiento universalista actual son los titubeos de representantes suyos de la gran talla de Habermas o Rawls, atrapados en el dilema de abrazar abiertamente un cosmopolitismo que otorgue a todos iguales derechos, al margen de toda otra consideración y aun a riesgo de acabar con las patrias en nombre del imperialismo uniformador de una ética universal de los derechos humanos; o de seguir admitiendo la pervivencia de un Estado con anclaje cultural comunitario y defensor de unos intereses que dejan de ser universales al precio de ser descaradamente grupales.

En fin, que creo que la única salida consecuente para el universalista es la defensa, al menos como ideal que deba ser alcanzado lo antes que las circunstancias prácticas permitan, de la apertura radical y definitiva de las fronteras y las comunidades y de todos y cada uno de los códigos básicos y en lo que importen para los derechos más relevantes de cada persona, sin discriminación, pues, entre nacionales y extranjeros en ningún derecho de esos que la ética universalista tiene precisamente por universales. Es una salida un tanto farisaica e indigna para un universalismo serio la de pensar que la necesidad de que cada ser humano pueda disfrutar de sus derechos humanos se traduce en la conveniencia de que el Estado de cada uno respete tales derechos, sin obligación del Estado nuestro de tratar en igualdad al extranjero, y más al extranjero que venga de un Estado que no cumpla con aquellos derechos.

¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?

I

Pero tampoco el comunitarista se libra de los dilemas indeseados a que llevaría la más radical y consecuente aplicación de sus propios postulados. En efecto, si la obligación moral y política primera de cada uno es la de la defensa, incluso con las armas (como algunos comunitaristas han llegado a decir) de sus señas de identidad comunitaria y del interés y la pervivencia de su cultura comunitaria¹⁵, estamos igualando la situación del otro con la nuestra precisamente en lo que a ese único principio universal toca: la misma obligación que tengo respecto de mi comunidad la tiene el otro, el “extranjero”, respecto de la suya; y a falta de una razón universal con atributos independientes suficientes como para hacer posible un entendimiento de mínimos, razón cuya asunción negaría los fundamentos mismos del mensaje comunitarista, habrá que asumir que la única dinámica intercomunitaria que cabe es la del enfrentamiento, la guerra entre las comunidades y las culturas. Por consiguiente, negarle al otro nuestros mismos derechos por el hecho de que sea diferente y no pueda, por razón de esa diferencia, participar de lo que a nosotros nos identifica y del gobierno de lo que nos une, equivale a reconocerle nuestro mismo derecho a afirmarse en lo suyo, a rechazarnos en lo que le inquietemos y a tratar de prescindir de lo que en nuestra comunidad pueda haber de peligro para la suya.

A fin de cuentas, el ideal del comunitarista sería la plena garantía de subsistencia de su comunidad y su cultura, lo que sólo quedaría asegurado cuando hubiera vencido definitivamente sobre cualesquiera otras que pudieran hacerle competencia. En suma, el mismo imperialismo cultural que se dice que los universalistas quieren conseguir por la vía pacífica del universalismo ético etnocentrista.

Concluimos este apartado con una nueva perplejidad: hemos ido a la filosofía política para ver si nos justificaba la diferencia de trato de los extranjeros y nos encontramos nada menos que lo siguiente: cuando justifica la diferencia de trato del extranjero se contradice porque o niega su postulado de partida de la igualdad (universalistas) o porque acaba negando el valor de lo que inicialmente afirmó, la diferencia (comunitaristas)¹⁶.

IV. RAZONES PRAGMÁTICAS, RAZONES DÉBILES

Resumamos lo que llevamos sostenido hasta aquí. La historia da cuenta de cómo nace el Estado-nación moderno, de qué modo demanda y se procura legitimidad en forma de aceptación por sus ciudadanos y cómo esa demanda se satisface sobre todo al precio de hacer que esos ciudadanos se sientan parte viva e integrante de un proyecto común y de una realidad colectiva que los envuelve, los identifica y los compromete emocionalmente, lo que se consigue tanto mejor cuanto más se ve al otro, al extranjero, al diferente, como un ser ya inferior, ya temible o ya ambas cosas, por lo que apenas si puede concebirse la idea de que nos reclame iguales derechos a los nuestros. Pero la misma historia que nos cuenta todo eso nos hace ver, en su versión de historia de ahora mismo, que son múltiples las causas y razones que contribuyen al derrumbe de todas esas columnas del Estado-nación.

(15) Véase especialmente A. MACINTYRE: “Is Patriotism a Virtue?”, en *The Lindley Lecture*, University of Kansas, 1984.

(16) En términos distintos expresa Phillip COLE semejantes dificultades o límites de una y otra doctrina: “mientras que el universalista no puede dotar de sentido al principio de nacionalidad, el particularista no puede dotar de sentido al principio de humanidad” (Ph. COLE: “Embracing the «nation»”, *Res publica*, 6, 2000, p. 242).

Y, segunda parte, pese a que los hechos parecen maduros para el cambio de coordenadas mentales, la filosofía política no hace sino reproducir las dudas y las tensiones que en toda sociedad estallan cuando se anuncia el parto de nuevos tiempos. Así, los universalistas no se atreven a desengancharse por completo de las emociones comunitarias y de las redes del Estado que aparenta defendernos, al par que nos alimenta; y los comunitaristas se levantan como penúltima torre defensiva de lo que se dice comunidad y cultura y sólo se organiza como agresiva y calculadora soberanía.

Pero no son las de la historia y la filosofía política las únicas razones que pueden comparecer, ni las que con mayor frecuencia oímos. Nos falta tomar en cuenta las que llamaremos razones pragmáticas y que vienen siempre a decirnos que por mucho que histórica o filosóficamente recolectemos argumentos para la equiparación del extranjero, tal medida tendría inmediatas consecuencias prácticas nada deseables. Es así como escuchamos de continuo que la apertura total a los inmigrantes y el trato equitativo que les asegurase buenas condiciones entre nosotros e iguales derechos, produciría una avalancha que haría crecer el paro, la delincuencia, la xenofobia, el racismo, etc.

De semejantes apreciaciones lo primero que se puede decir es que son manifestación o de deficiente información o de mala formación; es decir, la base de tales aseveraciones es o una insuficiencia intelectual o una tara moral. Con lo primero quiero decir que muchas de esas alegaciones sencillamente se basan en errores o malos cálculos. Por ejemplo, sostener que la inmigración trae consigo el aumento del paro supone ignorar que hay una bolsa de trabajos que los desempleados nacionales rechazan. Igualmente no hay que desconocer que el mantenimiento de la seguridad social en las condiciones demográficas que se avecinan va a requerir de la mano de obra y de la tasa de natalidad de los inmigrantes. Y cuando digo que otra causa de tan comunes aseveraciones es la mala formación, me refiero a que la sociedad que teme para sí misma semejantes reacciones ante el inmigrante se está confesando como sociedad de escasos vuelos intelectuales y morales. ¿Por qué afirmo tal cosa? Me explicaré.

Cuando se alude a que la llegada abundante de inmigrantes que, además, recibieran un trato jurídico igualitario¹⁷ traería consecuencias sociales negativas, semejante juicio puede referirse

(17) Estamos mezclando aquí dos cuestiones que son susceptibles de tratamiento diferenciado, las condiciones para la entrada de inmigrantes y el trato jurídico que se les da a los que ya están en el país. La restricción en la entrada de inmigrantes no tiene por qué ir acompañada de la discriminación de los derechos de los que entren, del mismo modo que de la discriminación de los llegados no se sigue necesariamente que tengan que existir restricciones para la entrada. Lo que ocurre es que la tesis que estoy defendiendo abarca ambas cosas: que no hay justificación racional suficiente en nuestro tiempo ni para restringir la entrada ni para discriminar a los inmigrantes. No obstante, justo es reconocer también que las razones pragmáticas que ahora estamos tocando merecen ponderación en cuanto razones que pueden tener alguna validez, aunque sea provisional, como justificación de la limitación de entrada, pero en ningún caso como justificación de la limitación de derechos.

Un muy claro y sugerente tratamiento conjunto de ambos problemas puede verse en el trabajo de THOMAS GROß: "Europäische Grundrechte als Vorgaben für das Einwanderungs- und Asylrecht" (*Kritische Justiz*, 34, 2001, pp. 100 y ss.). Las preguntas que, según este autor, hay que hacerse para ver en qué medida el extranjero está o no jurídicamente discriminado por relación al nacional son las siguientes: 1) si el extranjero tiene derecho a entrar libremente en el Estado en cuestión; 2) si, una vez que ha entrado, tiene derecho a quedarse o puede ser expulsado; 3) si goza, cuando está en el Estado, de protección jurídica; y 4) si se le reconocen derechos sociales y políticos.

¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?

I

a dos tipos de fenómenos: consecuencias directas y mensurables en ámbitos como la tasa de paro, el balance de la seguridad social, la evolución de los salarios, el índice de delitos, etc., o consecuencias referidas a reacciones en la ideología o la psicología social de toda o parte de la población. Cuando los juicios son del primer tipo, la determinación de su acierto o error tiene los mismos cauces y riesgos que los que afectan a cualquier juicio prospectivo en esos ámbitos básicamente ligados a la economía y la sociología. Habrá que ver caso por caso y apreciar juicio por juicio, si bien ya hemos adelantado que lo que los hechos parece que nos dicen hasta hoy es que en términos económicos es falso que la inmigración produzca daños, o al menos que es falso que la proporción entre beneficios y daños esté del lado de estos últimos. Y en términos sociológicos es más que discutible que el crecimiento de la inmigración traiga mayor delincuencia. Lo que provoca el crecimiento de los delitos no es la condición de nacional de un país u otro o de miembro de una u otra cultura o credo, sino la pobreza, las míseras condiciones de existencia, la segregación social y hasta la condena anticipada a vivir en la ilegalidad.

Más interesante nos resulta aquí prestar atención a los juicios de la segunda clase, consistentes en profetizar males derivados de reacciones sociales perniciosas, como el aumento del racismo o la xenofobia. ¿Cómo juzgamos tales reacciones? Pues la opinión sobre las mismas habrá de variar en algún grado según que seamos partidarios de un planteamiento comunitarista o de uno universalista.

El defensor del comunitarismo, quien sustancializa la idea de comunidad o cultura como sostén del Estado que en ella se asienta y de ella recibe su último sentido, no tendrá, por supuesto, que ser racista, pero no podrá ver con radical antipatía las reacciones de la población consistentes en temer que los extranjeros disuelvan o dañen la identidad comunitaria en cualquiera de sus plasmaciones. Es más, esa reacción de rechazo frente a la irrestricta e igualitaria inserción como ciudadanos de quienes provienen de otros países, y especialmente de otras culturas, se verá incluso con un componente de virtud ciudadana de los nacionales de la comunidad receptora, quienes de ese modo acreditan su compromiso con su comunidad y con el mantenimiento de sus datos colectivos y aglutinadores. Por tanto, concluimos, cuando el nacionalista o comunitarista quiere limitar la llegada de inmigrantes o reducirle las posibilidades de ejercicio de ciertos derechos que a los nacionales se reconocen, no está haciendo más que ser consecuente con su filosofía política. Cuando el comunitarista mantiene que los inmigrantes pueden, en proporción a su origen cultural y comunitario, representar un peligro para la identidad nacional y comunitaria, no está siendo xenófobo sino, justamente, comunitarista consecuente. En su caso la xenofobia, mientras se manifieste en los términos que estamos diciendo (otra cosa es, por supuesto, el racismo o el ejercicio de la violencia contra el extranjero) no es defecto moral sino hasta virtud, por ser interpretable en términos de cumplimiento del primer deber moral del comunitarismo, cual es la defensa de las propias señas de identidad comunitaria. Por tanto, las razones pragmáticas del segundo tipo para el comunitarista no son consecuencia de reacciones inválidas ni rechazables siempre, sino razones a las que puede dar un fundamento más profundo que ese puramente pragmático de que deriven de un defecto social. Repito, para el comunitarista la reacción xenófoba ante cierta presencia de extraños en determinadas condiciones no es un mal ocasional o un defecto que haya que asumir, sino una manifestación de virtud social de los miembros mejores de la comunidad.

Quien no puede aceptar una acusación de xenofobia sin sentirse sospechoso de esquizofrenia teórico-práctica es el universalista. Pero no ha de chocarnos esto, cuando ya hemos dicho que para él resultará dificultoso hasta justificar con una mínima coherencia la persistencia del esquema nacional-extranjero. ¿Implica esto que para el universalista no pueden contar en absoluto las razones pragmáticas del segundo tipo que mencionábamos?

La respuesta a esta pregunta no puede ser tan ingenua como para que nos diga que los problemas e incidentes en la sociedad no le tengan que importar al universalista en modo alguno, como si fuera ajeno a todo percance y sólo se guiara por el viejo adagio de *fiat iustitia, pereat mundus*. El universalista, pues, tendrá que contar también con el efecto negativo y el perjuicio que procuran reacciones racistas o xenófobas, y podrá admitir que, en tanto tales reacciones se mantengan y no puedan corregirse o contrapesarse adecuadamente, puede sostenerse un argumento para restringir la llegada de inmigrantes o el ejercicio de derechos por los mismos. Sólo que para el universalista coherente una tal razón sólo puede apreciarse como provisional, coyuntural y expresiva de un defecto moral de las sociedades, defecto que deberá ser corregido en el menor tiempo posible y con los mejores medios de que a ese fin se pueda disponer, con el objetivo de que en la sociedad en cuestión puedan hacerse efectivos el cosmopolitismo, el igual respeto y la solidaridad demandada por la ética universalista. Por tanto, el sentimiento social que para el comunitarista puede llegar a ser virtud o expresión de salud comunitaria, para el universalista será síntoma de que quedan ciudadanos que no han alcanzado el grado de desarrollo y maduración moral suficiente para que quepa una organización social, política y jurídica verdaderamente justa, y semejantes ciudadanos no serían los inmigrantes, sino los mencionados que de aquella defectuosa forma sienten. Esas reacciones para él son la expresión de una sociedad enferma o escandalosamente inmadura, y el antídoto habrá de provenir de políticas educativas, prácticas integradoras, fomento de los intercambios y el diálogo entre naciones y culturas, etc.

Concretando más, las razones pragmáticas de segundo tipo no son para el universalista razones que merezcan respeto como tales, sino circunstancias que requieren atención estratégica a fin de eliminar el tipo de ideología, psicología o manipulación que las alimenta. Se trataría, en consecuencia, de argumentos que no valen como verdaderas razones, que sólo cuentan mientras duran con intensidad suficiente como para ser un problema y que exigen la puesta en práctica de todos los medios de que el Estado que se quiera justo pueda disponer legal y legítimamente para eliminarlos y contrapesarlos. Porque, superada la situación, quedará disuelta la presunta razón. Es decir, si contra la inmigración y sus derechos se alega el riesgo de xenofobia, en el momento en que tal alegación se demostrara sin sustento empírico digno de consideración se habría acabado su validez, incluso como elemental consideración pragmática. Porque cuando las razones pragmáticas son sólo razones pragmáticas y no tienen otra sujeción, se esfuman en cuanto se soluciona o se demuestra falso el problema empírico en que se quieren apoyar: si, por ejemplo, no es cierto que el crecimiento de la inmigración haga aumentar el paro o si los ciudadanos no se tornan contra los inmigrantes por el hecho de que haya más o puedan en igualdad ejercer los mismos derechos, se acabó el problema, la razón pragmática ya es simplemente una falsa razón. Con ello el universalista se hallará en la situación perfecta para plantear consistentemente su política de eliminación de toda discriminación por razón de sangre o de lugar de

¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?

| I

nacimiento. Y el comunitarista se topará con el serio problema de que el ser colectivo al que adoraba amenaza con convertirse en momia de museo.

Que cada cual se adscriba como guste a uno u otro sentir. Yo, modestamente, aplaudiré el día en que nadie impida a un extranjero, venga de donde venga, vivir como yo en mi país; y en que nadie me impida a mi tampoco hacer lo propio en su país o en un país tercero, y más si en éste hay mejores oportunidades de disfrute y triunfo que en el mío. Pero ya se sabe, es tentador creer en las fronteras cuando uno está del lado de dentro de los mojones que marcan el límite con la pobreza y el desamparo¹⁸. No nos engañemos, por mucho que digamos amar nuestra lengua, nuestra fe, en su caso, o nuestra gastronomía, lo que adoramos es nuestra opulencia, en la misma medida en que tememos la competencia de los que de fuera puedan venir con mayor motivación para competir con nosotros en la buena lid que la ley marque. Y la prueba de que cuenta esto y no lo otro es que a la hora de la verdad nos importa un bledo nuestra lengua y presumimos de nuestra pronunciación inglesa, nos declaramos creyentes pero no practicantes de nuestros credos y alternamos en nuestra dieta la pizza con la comida china y el suculento kuskús.

Pretender resistirse a eso que se llama la globalización o la mundialización, ya sea en lo económico, lo cultural, lo tecnológico o lo político, parece propósito tan vano como lo fue en su momento el antimquinismo o la resistencia del Antiguo Régimen frente a las revoluciones burguesas. Pero asumir lo que en la globalización haya de inevitable no tiene por qué implicar la pasividad política y moral. Y, en lo que a nuestro tema se refiere, finalizo con la tesis de que si en este tiempo los poderes más reales y efectivos rebasan y dejan atrás las viejas fronteras, los derechos han de superarlas también, pero en el sentido inverso, en dirección a su posible ejercicio por todos en esos países ahora dominantes. Quiero decir que si el poder de las instituciones públicas o de las empresas privadas de lo que llamamos el primer mundo es tal que puede de plurales modos determinar la situación interna y las decisiones de los Estados terceros (como los de América Latina, por ejemplo) los ciudadanos de estos Estados se convertirán en nuevos súbditos sin voz o siervos atados feudalmente a la tierra si no pueden extender sus

(18) Merece la pena reflexionar seriamente sobre lo que FERRAJOLI de modo magistral expone: “Por una paradoja de la historia, por lo demás, estos mismos derechos –de residencia y de circulación– fueron proclamados como universales, en el propio origen de la edad moderna, por nuestra misma cultura occidental. En 1539, en sus *Relectiones e Indis receter inventis* expuestas en la Universidad de Salamanca, Francisco de Vitoria formuló la primera doctrina orgánica de los derechos naturales, proclamando como derechos universales de todos los hombres y de todos los pueblos el *ius communicationis*, el *ius migrandi*, el *ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi*, así como *accipere domicilium in aliqua civitate illorum*. Entonces –continúa Ferrajoli–, cuando eran concretamente desiguales y asimétricos, por ser impensable la migración de los indios a Occidente, la afirmación de aquellos derechos ofreció a Occidente la legitimación jurídica de la ocupación del Nuevo Mundo y luego, durante cinco siglos, de la colonización y de la explotación de todo el planeta en nombre, primero de la «misión evangelizadora» y, luego, de la «misión civilizatoria». Hoy, que la situación se ha invertido –que son los pueblos del tercer mundo los que se ven empujados por el hambre hacia nuestros países opulentos– la reciprocidad y la universalidad de esos derechos han sido negadas. Transformados en «derechos de ciudadanía» –exclusivos y privilegiados, en la medida en que son reservados sólo a los ciudadanos– apenas se ha tratado de tomarlos en serio y de pagar su costo. Por eso, en su efectividad internacional se juega la credibilidad, en el futuro próximo, de los «valores de Occidente»: de la igualdad, de los derechos de la persona, de la misma ciudadanía” (L. FERRAJOLI: *El garantismo en la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 186-187).

derechos de todo tipo y ejercerlos también allí desde donde se les gobierna. Que el precio que haya que pagar por esa nueva y más efectiva ciudadanía sea la disolución de las viejas formas y las comunidades arcaicas será algo que dolerá tan sólo a los reaccionarios que hoy heredan a quienes en su día lamentaron progresos tales como la liberación del vasallaje o la igualdad femenina.

POR: AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
(ddpaar@unileon.es)

II

Análisis crítico del RD 178/2003: algunas de sus deficiencias y su necesaria reforma

RESUMEN

ANÁLISIS CRÍTICO DEL RD 178/2003: ALGUNAS DE SUS DEFICIENCIAS Y SU NECESARIA REFORMA

Este artículo analiza algunas disposiciones del nuevo RD 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Se comienza delimitando el ámbito de aplicación personal del RD 178/2003, examinando su artículo 2 en relación con las normas comunitarias detectando su contradicción con éstas. A continuación se aborda la nueva regulación relativa a la expedición de visados para los familiares nacionales de terceros países observando que la ordenación española es incompleta. En tercer lugar, se hacen unas reflexiones sobre las disposiciones relativas a la exención de visado para comprobar su deficiente articulación: por innecesaria, contraria al derecho comunitario e incluso inconstitucional; y por último, una vez examinada la incertidumbre generada acerca de quiénes son los beneficiarios de la exención de tarjetas de residencia, trataremos de ver el papel que juega el régimen general de extranjería en la reglamentación especialmente prevista para los nacionales de la UE y del AEEE. Se concluye poniendo en tela de juicio la oportunidad de la nueva reglamentación por las limitaciones introducidas y por no haber seguido las pautas marcadas en las modificaciones que se están gestando en el seno de la Unión Europea.

ABSTRACT

RD 178/2003 CRITICAL ANALYSIS: SOME OF ITS DEFICIENCIES AND ITS NECESSARY REFORM

This article analyzes some provisions of the new RD 178/2003, of February 14, on entrance and permanency in Spain of nationals from the EU member States and from other States part in the Agreement on the European Economic Space. We begin delimitting the personal field of application of the RD 178/2003, examining its article 2 in relation to the community norms detecting its contradiction with these. Next the new regulation about the expedition of visa for the national relatives of third countries is approached realizing that the Spanish law is incomplete. In third place, some thoughts are made on the dispositions connecting with the visa exemption to verify its deficiency: for unnecessary, contrary to the community and even unconstitutional right; and lastly, once examined the uncertainty generated about who the beneficiaries of the exemption residence cards are, we'll try to see the role that play the general regime of alien in the regulation specially foreseen for the EU and the AEEES nationals. We conclude doubting about the opportunity of the new regulation because the introduced restrictions and for not having followed the rules indicated in modifications that are being gestated in the EU.

SUMARIO

I. Introducción.

II. Eventual contradicción del RD 178/2003 con el Derecho comunitario al delimitar el ámbito de beneficiarios: análisis de su artículo 2. A) Los familiares protegidos en el ámbito comunitario. B) Los familiares protegidos en el ámbito interno español.

III. Regulación incompleta del procedimiento de expedición del visado para los familiares. A) Cuestiones específicamente reguladas en materia de visados para los familiares. B) Cuestiones no reguladas en materia de visados para los familiares.

IV. Regulación insatisfactoria de la exención de visado para los familiares. A) Regulación general de los supuestos de exención. B) Exención de visado para nacionales de terceros países cónyuges de nacionales de la UE o AEEE y para cónyuges de españoles. C) Exención de visado para nacionales de terceros países descendientes de nacionales de la UE o AEEE o de cónyuges de españoles. D) Exención de visado para nacionales de terceros países ascendientes de nacionales de la UE o AEEE o de cónyuges de españoles.

V. Exigencia o no de la tarjeta de residencia para permanecer más de tres meses en territorio español: inseguridad o imperatividad. A) No exigencia con carácter general al nacional de la Unión Europea y a los nacionales de los Estados parte en el AEEE. B) Régimen de estancia y residencia en el territorio español: expedición de tarjeta de residencia.

VI. Eventual aplicación del régimen general de extranjería a los beneficiarios del RD 178/2003: Subsidiariedad, supletoriedad o norma más favorable para los nacionales de la UE y a los nacionales de los Estados parte en el AEEE.

VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro país desde el 1 de marzo de 2003 cuenta con una nueva normativa sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que se contiene en el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero –en adelante RD 178/2003¹. Dada su actualidad y la escasez de comentarios sobre el mismo vamos a realizar unas reflexiones sobre algunas de sus disposiciones². Sin pretender hacer un examen exhaustivo de la totalidad del texto, debemos apuntar que se trata de un RD excesivamente sintético, que en muchas ocasiones sólo se ha procedido a transponer la normativa comunitaria al Ordenamiento interno español. Desde la perspectiva de la brevedad nos parece correcto, por ello, valoramos muy positivamente el arduo esfuerzo para lograr este texto, sin embargo, también debemos mostrar nuestra valoración crítica, ya que varios preceptos de la nueva reglamentación parecen contravenir el Derecho comunitario, y alguno se puede tildar de inconstitucional.

En todo caso se debe poner de relieve, como se hace específicamente en la Exposición de Motivos, que la elaboración de este texto, que deroga expresamente las disposiciones anteriores en esta materia³, se debe a la necesidad del cumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente por las autoridades españolas. Se han incorporado las modificaciones realizadas en esta materia en el ámbito comunitario por dos compromisos adquiridos. Por una parte, se había producido la entrada en vigor del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre libre circulación de personas, firmado el 1 de junio de 1999⁴, que implicaba la necesidad de ampliar el régimen de los comunitarios a los suizos; y de otro lado, la firma el 28 de julio de 2000, en Marsella, por los Ministros de Interior de Francia, Alemania, Italia y España, de una Declaración en la que se comprometían a suprimir la obligación de poseer una tarjeta de residencia en determinados supuestos o lo que es lo mismo la desaparición de los documentos de extranjeros para los nacionales de los países miembros⁵. En todo caso, es preciso mencionar que

(1) La disposición final tercera del RD 178/2003 establece que: “El presente Real Decreto entrará en vigor a los siete días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado” (BOE, 22-II-2003, p. 7402).

(2) No es totalmente cierto pues ya contamos con al menos un trabajo en el que se analiza la nueva reglamentación (vid. P. JIMÉNEZ BLANCO: “Las libertades de circulación y residencia en los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea”, *La Ley*, nº 5771, de 30 de abril de 2003, pp. 1-13).

(3) Vid. disposición derogatoria única del RD 178/2003. En concreto quedan sustituidos en su totalidad: el Real Decreto 766/1992, de 28 de junio, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de los nacionales miembros de las Comunidades Europeas (BOE, 30-VI-1992; corr. errores ibíd. 18-XI-1992; para un análisis sobre la eventual contradicción del texto original del artículo 2.a) del Real Decreto 766/1992 y el derecho comunitario (vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Régimen de extranjería comunitaria en el Ordenamiento jurídico español. Análisis del R. Decreto 766/1992, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas”, *La Ley*, supl. *Comunidades Europeas*, nº 80, 30-X-1993, pp. 1-8, esp. pp. 2-3). El RD 766/1992 fue modificado por RD 737/1995, de 5 de mayo (BOE, 5-VI-1995) y mediante el RD 1710/1997, de 14 de noviembre (BOE, 15-XI-1997).

(4) Vid. Acuerdo de 21 de junio de 1999 entre la Comunidad Europea y la Confederación suiza, sobre libre circulación de personas que entró en vigor el 1 de junio de 2002 (BOE, 21-VI-2002).

(5) Vid. artículo 6 del RD 178/2003. Los países firmantes por esta Declaración se comprometían a suprimir la obligación de poseer una tarjeta de residencia en determinados supuestos, obliga a introducir las correspondientes adaptaciones en el

la oportunidad de la nueva reglamentación se puede poner en tela de juicio si tenemos en cuenta que la normativa comunitaria sobre libre circulación de los nacionales de los países miembros se encuentra en una fase muy avanzada de revisión⁶ y además, la incorporación de los nuevos Estados para el próximo año⁷ también implicará un nuevo cambio de nuestras normas internas; ciertamente, los principios definitivos de la legislación comunitaria se desconocen; pero las últimas propuestas de la Comisión Europea, en ningún caso, han sido tomadas en consideración a la hora de elaborar el RD 178/2003. Tampoco ha tenido en cuenta las consecuencias de la doctrina sentada por el TJCE⁸.

régimen contemplado en sus respectivas normas internas. Por ello, en la Exposición de Motivos del RD 178/2003 se apunta expresamente: "Conforme a lo anterior, es necesario introducir la no exigencia de tarjeta de residencia para los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que sean activos, beneficiarios del derecho a residir con carácter permanente, estudiantes o familiares de estas personas que sean a su vez nacionales de los mencionados Estados" (BOE, 22-II-2003, p. 7398).

(6) En estos momentos, las normas sobre libre circulación de los nacionales de la UE se encuentran en pleno proceso de reforma, como se puede ver en el texto de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros [COM (2001) 257 final, de 23-V-2001]. Vista la Propuesta de la Comisión (DO C 270, 25-IX-2001, p. 150), el texto fue examinado por el Comité de Regiones que emitió su dictamen el 13 de marzo de 2002 (DO C 192, 12-VIII-2002, p. 17) y por el Comité Económico y Social Europeo que aprobó su dictamen el 24 de diciembre de 2002 (DO C 149, 21-VI-2002, p. 46) Por su parte, el Parlamento Europeo confió el examen a la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores, que nombró como Ponente a Giacomo Santini: Vid. Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (*Parlamento Europeo, Comisión de Libertades y Derechos de los ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores*, 23-1-2003) [COM (2001) 257-C5-0336/2001-2001/0111 (COD)]. El pleno del Parlamento Europeo celebrado el 11 de febrero de 2003 aprobó el texto con modificaciones. La Comisión tras el estudio de las Enmiendas presentadas por el Parlamento acaba de adoptar la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros [*Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 15-IV-2003 COM (2003) 199 final, pp. 1-38]. La Comisión considera que la nueva directiva se adoptará en el primer semestre de 2004 y, por consiguiente, propone su entrada en vigor para julio de 2005 (ibid., p. 11).

(7) Parece que una vez que se produzca la ampliación de la Unión Europea, la legislación sobre libre circulación de los trabajadores sólo se aplicará a los ciudadanos de los nuevos Estados miembros tras un período transitorio. En concreto, se ha hecho una propuesta que se recoge expresamente en la Comunicación de la Comisión sobre "La libre circulación de trabajadores – La plena realización de sus ventajas y sus posibilidades" con los siguientes términos: "Los actuales Estados miembros de la UE aplicarán normas nacionales en materia de acceso a sus mercados de trabajo durante los dos años siguientes a la adhesión de los nuevos Estados miembros (con excepción de Chipre y Malta). Tras estos dos años, la Comisión revisará la situación y, a continuación, los actuales Estados miembros podrán decidir si aplican la legislación comunitaria sobre libre circulación de los trabajadores a los ciudadanos de los nuevos Estados miembros o si siguen aplicando su legislación nacional durante otros tres años. Cinco años después de la adhesión, los ciudadanos de los nuevos Estados miembros disfrutarán de plena libertad de circulación, a menos que el mercado de trabajo de un Estado miembro actual sufra o corra el riesgo de sufrir graves distorsiones, en cuyo caso ese Estado podrá aplicar su legislación nacional durante otros dos años. No obstante, los ciudadanos de los nuevos Estados miembros que, en el momento de la adhesión de su país a la UE, estén trabajando legalmente con un contrato de duración igual o superior a doce meses en un Estado miembro actual, tendrán libre acceso al mercado de trabajo de ese Estado miembro. Además, la legislación comunitaria sobre coordinación de los regímenes de seguridad social será aplicable desde el día de la adhesión [*Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 11-XII-2002, COM (2002) 694 final, p. 6 y nota 20].

(8) La ausencia de repercusión de las consecuencias de la *STJCE de 25 de julio de 2002* ha sido lamentada por algunos autores (Cf. P. JIMÉNEZ BLANCO: "Las libertades de circulación y residencia...", op. cit., pp. 9-10).

Se benefician de las nuevas disposiciones: los nacionales de los países miembros de la Unión Europea –(en adelante UE–): alemanes, austríacos, belgas, daneses, finlandeses, franceses, griegos, ingleses, irlandeses, italianos, luxemburgueses, neerlandeses, portugueses y suecos⁹; y por el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo –(en adelante AEEE–) se aplica a los nacionales de Liechtenstein, islandeses y noruegos; y finalmente, se benefician los suizos en virtud del ya mencionado Convenio entre la Comunidad Europea y la Confederación suiza, sobre libre circulación de personas¹⁰.

Desconociendo la aplicación práctica del mismo, dado el escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor, en este trabajo sólo vamos a centrarnos en algunos preceptos en los que claramente hemos detectado contradicciones con el Ordenamiento Comunitario actualmente vigente y algunas discrepancias con la propia Constitución. En este contexto pasamos a analizar las deficiencias que hemos localizado en varias disposiciones. En concreto, examinaremos el ámbito de aplicación personal previsto en el artículo 2 del RD 178/2003 en comparación con los familiares protegidos por el ámbito comunitario. Posteriormente, analizaremos algunas cuestiones sobre los requisitos para obtener el visado por los familiares (artículo 4.2) aludiendo fundamentalmente a la regulación de tres supuestos de exención de visado [nº 3, 4 y 9 de la letra C) del párrafo 3 del artículo 11]; para terminar tratando de saber qué papel ocupa el régimen general de

(9) Debe tenerse en cuenta que es posible la tenencia de varias nacionalidades; en este supuesto basta con que una de ellas se corresponda con la de un Estado miembro para que se pueda hacer valer la nacionalidad de este Estado ante las autoridades de los otros Estados miembros: *STJCE de 7 de julio de 1992*, Asunto C-369/90, M.V. Micheletti/Delegación del Gobierno en Cantabria (*Rec.*, 1992, pp. 4239-4264. Vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ: *RJC*, 1993, pp. 584-585; Cf. N. BOUZA VIDAL: “El ámbito personal de aplicación del Derecho de establecimiento en los supuestos de doble nacionalidad...”, loc. cit., pp. 563-581; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Dual nationality and Community law: the Micheletti case”, *Immigration and Nationality*, vol. 8, 1994, pp. 7-12; J.L. IGLESIAS BUHIGUES: “Doble nacionalidad y Derecho comunitario: a propósito del Asunto C-369/90, Micheletti, Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Prof. M. Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 953-967; anotada por A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ y B. DE TOMÁS CARRASCO: *REDI*, vol. XLV, 1993-2, pp. 430-435). Sin embargo, la jurisprudencia española mantuvo una tesis errónea al considerar que debían ser documentados en el régimen general al concluir que primaba la nacionalidad argentina. Esta posición judicial se puede observar en la *Sent. T.S. (Sala 3ª.-Sección 7ª) de 25 de enero de 1993 (RAJ, 1993, nº 317)*, en la *Sent. T.S. (Sala 3ª.-Sección 6ª) de 26 de diciembre de 1995 (ibid, 1995, nº 9518)* y en la *Sent. T.S. (Sala 3ª.-Sección 6ª) de 27 de noviembre de 1996 (ibid, 1996, nº 8171)*. Dicha postura jurisprudencial fue superada por la *Sent. T.S. (Sala 3ª.-Sección 6ª) de 11 de noviembre de 1997 (RAJ, 1997, nº 8303)*. En la actualidad se ha planteado ante el TJCE un tema relativo a los dobles nacionales y su identificación. En concreto García Avello, un español ha reclamado a Bélgica ante el Tribunal de Luxemburgo para que sus hijos hispano-belgas tengan el mismo régimen de apellidos en España y en Bélgica (vid. Conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. F.G. Jacob, el 22 de mayo de 2003. Asunto C-148/02, Carlos García Avello contra Estado belga).

(10) El artículo 1 del Acuerdo de 21 de junio de 1999 entre la Comunidad Europea y la Confederación suiza, sobre libre circulación de personas establece que: “El objetivo del presente Acuerdo, a favor de los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea y de Suiza, es: a) conceder un derecho de entrada, de residencia y de acceso a una actividad económica por cuenta ajena, de establecimiento como trabajador autónomo y el derecho de residir en el territorio de las Partes Contratantes; b) facilitar la prestación de servicios en el territorio de las Partes Contratantes, y en particular liberalizar la prestación de servicios de corta duración; c) conceder un derecho de entrada y de residencia, en el territorio de las Partes Contratantes, a las personas sin actividad económica en el país de acogida; d) conceder las mismas condiciones de vida, de empleo y de trabajo que las concedidas a los nacionales” (*BOE*, 21-VI-2002).

extranjería recogido en la LOEx y en el RELOEx¹¹ frente a las normas previstas para los nacionales de la Unión Europea (disposición final segunda del RD 178/2003).

II. EVENTUAL CONTRADICCIÓN DEL RD 178/2003 CON EL DERECHO COMUNITARIO AL DELIMITAR EL ÁMBITO DE BENEFICIARIOS: ANÁLISIS DE SU ARTÍCULO 2

A) Los familiares protegidos en el ámbito comunitario

Las aún vigentes normas comunitarias de libre circulación de trabajadores, libre establecimiento así como la libre prestación de servicios, que se basan en el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, benefician no sólo a los nacionales de la UE y nacionales del AEEE sino también a sus familiares.

El concepto de miembro de la familia difiere según la categoría a la que pertenece el ciudadano de la Unión del que dependen. Por lo que se refiere a los trabajadores, el apartado 1 del artículo 10 del Reglamento CEE nº 1612/1968 concede el derecho a instalarse junto con el nacional al cónyuge y a sus descendientes menores o a su cargo así como a los ascendientes que estén a su cargo¹². El precepto aludido cita expresamente entre los familiares que van a beneficiarse a los siguientes:

“1. Con independencia de su nacionalidad, tendrán derecho a instalarse con el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro:

- a) su cónyuge y sus descendientes menores de 21 años o a su cargo;
- b) los ascendientes del trabajador y de su cónyuge que estén a su cargo.

2. Los Estados miembros favorecerán la admisión de cualquier miembro de la familia que no se beneficie de lo dispuesto en el apartado 1, si se encontrase a cargo, o viviese, en el país de origen, con el trabajador antes mencionado.”

El mismo derecho es concedido por las Directivas relativas al derecho de residencia a trabajadores por cuenta propia bien en régimen de establecimiento o de libre prestación de servicios¹³,

(11) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 23 de diciembre (BOE, 23-XII-2000) desarrollada por el RD 864/2001, de 20 de julio (ibíd, 21-VII-2001). Para un examen más amplio de la actual normativa de extranjería: Vid. P. AGUELO NAVARRO y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2001.

(12) Reglamento nº 1612/1968 CEE, del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DO L 257, 19-X-1968, p. 2; DOCE, EE-05-V1, pp. 77-87). Reglamento cuya última modificación la constituye el Reglamento nº 2434/1992 (DO L 245, 26-VIII-1992, p. 1).

(13) Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, a los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios (DO L 172, 28-VI-1973, p. 14); Directiva 75/34/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1974, relativa al derecho de los nacionales de un Estado miembro a permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad por cuenta propia (DO L 14, 20-I-1975, p. 10).

inactivos¹⁴ y jubilados¹⁵. Sólo, en la Directiva 93/96/CE sobre el derecho de residencia de los estudiantes concede este mismo derecho solamente al cónyuge y a los descendientes a cargo¹⁶.

Tanto de la lectura del precepto transcrito como de las Directivas mencionadas¹⁷, podemos deducir que los destinatarios de estas normas son: los nacionales de los otros países miembros, los cónyuges de los nacionales de los otros países miembros, los descendientes del nacional o de su cónyuge, menores de veintiún años o a su cargo, los ascendientes del nacional o de su cónyuge que estén a su cargo. También, se puede extender a otros miembros de familia si se encontrase a cargo del nacional o viviese en el país de origen con el nacional.

Con criterios similares, aunque más flexibles se han redactado los artículos 2.2 y 3 de la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros al disponer que:

“Artículo 2.– A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

2. Miembro de la familia:

a) el cónyuge;

b) la pareja a la que el ciudadano esté vinculado como pareja inscrita o mediante una relación duradera, debidamente certificada si la legislación del Estado miembro de acogida reconoce la situación de las parejas no casadas y respetando las condiciones previstas por dicha legislación;

c) los descendientes directos y los del cónyuge o pareja contemplada en la letra b);

d) los ascendientes directos y los del cónyuge o pareja contemplada en la letra b);

Artículo 3.1.– La presente Directiva se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade o resida en un Estado miembro de la Unión distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, independientemente de su nacionalidad, que le acompañen o se reúnan con él posteriormente.

Artículo 3.2.– Sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, los Estados miembros facilitarán la entrada y la residencia de cualquier otro miembro de la familia no definido en el punto 2 del artículo 2 pero que esté a cargo o viva, en el país de procedencia, bajo el techo del ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o si así lo justifican motivos graves de salud o motivos humanitarios.”¹⁸.

(14) Directiva 90/364/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia (DOCE L 180, 13-VII-1990, p. 26).

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

(16) Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes (DOCE L 317, 18-XII-1993, p. 59).

(17) Vid. artículo 10.1 y 2 del Reglamento 1612/68; artículo 1 del Reglamento 1251/70, que incorpora por referencia el artículo 10 del Reglamento 1612/68; artículo 1 de la Directiva 68/360/CEE, artículo 1 de la Directiva 73/148; artículo 1 de la Directiva 75/34, por referencia al artículo 1 de la Directiva 73/148 señala como destinatarios: los nacionales, cónyuge e hijos menores de 21 años de dichos nacionales, sea cual sea su nacionalidad; ascendientes y descendientes de dichos nacionales y de su cónyuge que estén a su cargo, cualquiera que sea su nacionalidad; artículo 1.2 de la Directiva 90/364 y el artículo 1.2 de la Directiva 90/365.

(18) *Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 15-IV-2003 COM (2003) 199 final, p. 19.

Si comparamos el artículo 10.2 del Reglamento 1612/1968 y los artículos 2.2 y 3 de la Propuesta transcrita podemos destacar varios cambios entre la actual legislación y la futura: de un lado, junto con el cónyuge aparece la pareja de hecho aunque sólo para los países que lo admitan en su propia legislación¹⁹; en cuanto a los descendientes y ascendientes sólo van a beneficiarse los directos, pero se elimina el límite de edad y se excluye la necesidad de vivir a expensas del titular del derecho a la libre circulación²⁰.

Ahora bien, conviene resaltar que tanto el Derecho comunitario vigente como el futuro no impone ningún requisito extra a esos familiares, salvo los mencionados, por lo que para poder

(19) La inclusión en el término “cónyuge” a una persona que cohabita con el trabajador ya fue examinada por el TJCE: Vid. *STJCE de 17 de abril de 1986*, Asunto 59/85, Estado de Holanda/Reed (*Rec.*, 1986-4, p. 1283). Es claro que en un futuro también se incorporará la pareja de hecho siempre y cuando la legislación del Estado de acogida la reconozca y se respeten las condiciones previstas en su legislación interna. En un principio, el artículo 2.2.b) de la Propuesta de Directiva de 23 de mayo de 2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros disponía que será considerado como miembro de la familia: “la pareja de hecho sin que exista matrimonio, si la legislación del Estado miembro de acogida asimila la situación de las parejas no casadas a la de los matrimonios y respetando las condiciones previstas por dicha legislación” [COM (2001) 257 final /2001/0111]. De todas formas, en el último texto aprobado se trata de no imponer a los Estados miembros un nuevo modelo de familia. En todo caso, que se presentaron varias Enmiendas -nº 13 a 18- aprobadas por el Parlamento que pretendían reconocer, como miembros de la familia, al cónyuge del mismo sexo a semejanza del cónyuge de distinto sexo, la pareja inscrita sobre la base de la legislación del Estado miembro de origen y las parejas no casadas sobre la base de la legislación o la práctica del Estado miembro de origen o de acogida (El texto de dichas Enmiendas: *Parlamento Europeo, Comisión de Libertades y Derechos de los ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores*, 23-1-2003, pp. 10-11). Examinadas las enmiendas mencionadas, la Comisión considera que de la armonización de las condiciones de residencia de los ciudadanos de la Unión en Estados miembros de los que no sean nacionales no puede derivarse imponer a determinados Estados miembros modificaciones legislativas que afecten al Derecho de familia, materia en la que la Comunidad carece de competencia legislativa [*Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 15-IV-2003 COM (2003) 199 final, p. 3]. En esta Propuesta modificativa se afirma expresamente que “En efecto, en lo relativo al matrimonio, la Comisión desea no optar por una definición del término cónyuge que introduzca una referencia explícita al cónyuge de mismo sexo. Por el momento, sólo dos Estados miembros contemplan en su legislación el matrimonio entre personas del mismo sexo. Además, el Tribunal de Justicia ha establecido en su jurisprudencia (*STJCE de 31 de mayo de 2001*) que el término matrimonio, según la definición admitida en general por los Estados miembros, designa una unión entre dos personas de distinto sexo, el Tribunal ha declarado igualmente que una interpretación de conceptos jurídicos basada en la evolución de la sociedad y que produce consecuencias en todos los Estados miembros debe hacerse mediante un examen de la situación en el conjunto de la Comunidad (*STJCE de 17 de julio de 1986*). La Comisión, por consiguiente, prefiere limitar la propuesta a una noción de cónyuge entendida, en principio, como cónyuge de distinto sexo, salvo evolución futura” (*ibid.*, pp. 11-12).

(20) En el futuro, los descendientes y ascendientes beneficiarios serán sólo los directos pero sin limitación de edad. Desde luego, el ponente, Sr. Giacomo Santini, señala en su Informe que: “Por lo que respecta a los «ascendientes-descendientes directo», la supresión de las condiciones de edad y dependencia hace temer un aumento desmesurado de personas que se acogerían a la reagrupación familiar y a la posible carga financiera que ello implicaría para los Estados miembros. El ponente considera un compromiso equitativo la posibilidad para todos los descendientes, sin condición alguna, de ser considerados miembros de pleno derecho de la familia del ciudadano comunitario, mientras que para los ascendientes es preciso imponer la condición de estar a cargo, para evitar abusos. Para equilibrar esta limitación, se ha añadido al artículo 3 la posibilidad de favorecer la admisión y la residencia de miembros de la familia por razones de salud graves o por motivos humanitarios, lo que significa que, en el caso de un ascendiente de un ciudadano comunitario que no esté a cargo del mismo pero que tenga problemas graves de salud, existe la posibilidad de reagrupación familiar, aunque esta persona no dependa económicamente del ciudadano comunitario” (*Europarl, Comisión de Libertades y Derechos de los ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores*, 23-1-2003, A5-0009/2003, p. 41).

acceder y vivir en otro país Estado miembro de la UE, los familiares sólo necesitan acreditar el vínculo de parentesco; sin embargo, no precisan acreditar que mantienen un vínculo de convivencia estable y permanente con el titular del derecho a la libre circulación.

Con respecto al cónyuge, éste continuará siendo cónyuge hasta que se disuelva el vínculo matrimonial y no importa la situación real del matrimonio²¹. Obviamente, la ausencia de convivencia de la pareja y el mantenimiento o no de relaciones estables pertenece al ámbito de su intimidad, y las autoridades administrativas no pueden entrar a profundizar sobre la situación de la pareja para averiguar si esa persona goza o no de la libre circulación.

En cuanto a los descendientes tanto del nacional UE o de un país parte en el AEEE como de su cónyuge, por el momento tanto hijos como de nietos, siempre que sean menores de veintiún años o mayores y demuestren que viven a sus expensas también tienen derecho a residir en otro país comunitario. Este derecho se mantiene aunque los padres se hallen divorciados e incluso que la custodia le corresponda al progenitor no nacional según se afirma en la *STJCE de 17 de septiembre de 2002*. Asunto C-413/99, Baumbast, al señalar que:

“Los hijos de un ciudadano de la Unión Europea que se han instalado en un Estado miembro, mientras su progenitor ejercía su derecho a residir como trabajador migrante en dicho Estado miembro, tienen derecho a residir en su territorio para seguir en él cursos de enseñanza general, de conformidad con el artículo 12 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. A este respecto, no tienen ninguna relevancia que los padres se hayan divorciado entre tanto, que sólo uno de sus progenitores sea ciudadano de la Unión y dicho progenitor ya no sea trabajador migrante en el Estado miembro de acogida o que los hijos no sean ellos mismos ciudadanos de la Unión.”²².

Por el momento, a la luz de las disposiciones vigentes, los ascendientes de un nacional de la UE o de AEEE trabajador en otro Estado miembro o de su cónyuge sólo pueden instalarse si aquéllos viven a sus expensas. Por tanto, no pueden hasta ahora instalarse con sus hijos si no están a su cargo, debido a que tienen una renta. De todas formas, si esta renta es inferior al importe de los recursos suficientes fijados por el Estado miembro de acogida sí es posible. Del mismo modo, el ascendiente de un estudiante no tiene ningún derecho a instalarse con su hijo, salvo si posee recursos suficientes y un seguro de enfermedad.

Finalmente, también se prevé la posibilidad de la extensión a otros familiares siempre que acrediten que estén a cargo o vivan, en el país de procedencia con el beneficiario del derecho de residencia²³.

(21) Vid. *STJCE de 13 de febrero de 1985*, Asunto 267/83, A. Diatta/Land Berlin (*Rec*, 1985-2, pp. 567-591).

(22) Vid. <http://curia.eu.int/jurisp>.

(23) Esta opción de ampliar el ámbito de aplicación a otros familiares la encontramos expresamente en el artículo 10.2 del Reglamento 1612/1968 y en el artículo 1.2 de la Directiva 73/148. Esta inclusión debe entenderse en el sentido de que el Estado de acogida favorezca la admisión de los familiares no incluidos en la lista, pero no contiene una verdadera obligación

B) Los familiares protegidos en el ámbito interno español

En España, tras la incorporación al Ordenamiento interno español del ámbito de aplicación de la libre circulación, el artículo 2 del RD 178/2003 se fija y profundiza en las características de los familiares que pueden beneficiarse. El mencionado precepto establece:

“El presente Real Decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que a continuación se relacionan, y siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos:

- a) A su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho.
- b) A sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas.
- c) A sus ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges.”

Vemos claramente que se parte de una ampliación de los beneficiarios: se incluyen los familiares de los españoles. La lectura pausada de la normativa comunitaria y su interpretación jurisprudencial nos permite apuntar que los familiares de los nacionales no quedan incluidos en la protección comunitaria²⁴ salvo que previamente se haya ejercido el derecho a la libertad de circulación de trabajadores²⁵, el libre establecimiento²⁶, o la libre prestación de

jurídica de carácter vinculante para los Estados miembros. Una previsión similar se ha incluido en Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros al establecer en el artículo 3.2 que: “Sin perjuicio del derecho personal de los interesados a la libre circulación y a la residencia, los Estados miembros facilitarán la entrada y la residencia de cualquier otro miembro de la familia no definido en el punto 2 del artículo 2 pero que esté a cargo o viva, en el país de procedencia, bajo el techo del ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o si así lo justifican motivos graves de salud o motivos humanitarios”[*Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 15-IV-2003 COM (2003) 199 final, p. 19].

(24) Vid. *STJCE de 27 de octubre de 1982*, Asuntos 35/82 y 36/82, *Morson y Jhanjan (Rec., 1982, p. 3723)* y *STJCE de 5 de junio de 1997*, Asuntos C-64/96 y C-65/96, *Kari Uecker y Vera Jacquet/Land Nordrhein-Vestfalen*. Ante el caso de la Sra. Uecker, de nacionalidad noruega, y de la Sra. Jacquet, de nacionalidad rusa, profesoras respectivamente de noruega y de ruso en universidades alemanas, casadas con nacionales alemanes residentes en Alemania, el TJCE viene a subrayar de nuevo que las disposiciones del Derecho comunitario relativas a la libre circulación no pueden ser invocadas por el nacional de un Estado miembro en contra del Estado del que él mismo es nacional, ya que las relaciones jurídicas de un Estado miembro con sus nacionales son ajenas al Derecho comunitario (*Rec., 1997-VI, pp. 3171-3192*).

(25) Vid. *STJCE de 7 de julio de 1992*, Asunto C-370/90, *Singh (Rec., 1992, p. 4265)*. Actualmente, se debate en el Asunto C-109/01 en el que se aborda la reclamación hecha por el Sr. Akrich, un nacional marroquí casado con una nacional británica que vio denegada su entrada en el Reino Unido por su comportamiento personal y con arreglo a la legislación británica. El Señor y la Señora Akrich residieron durante más de seis meses en Irlanda. Posteriormente, volvieron al Reino Unido y se intenta la revocación de la orden de expulsión. El abogado General, Sr. Geelhoel, señala que no ha habido abuso del Derecho aunque los cónyuges han declarado expresamente que solo se establecieron en Irlanda con la finalidad de eludir la legislación británica en materia de inmigración.

(26) Vid. *STJCE de 27 de junio de 1996*, Asunto C-107/94, *Asscher (Rec., 1996, p. 3089)*.

servicios²⁷. Desde esa perspectiva, las autoridades españolas consideran, con buen criterio, que no va a ser de peor condición el nacional de un tercer Estado familiar de un comunitario que ese mismo nacional pero familiar de un español. Por tanto, este incremento de beneficiarios nos parece muy loable²⁸. Ahora bien, el hecho de que se haya producido esa extensión lleva como contrapartida exigir que los cónyuges no estén separados de derecho y que todos los familiares –incluidos los cónyuges– deben mantener un vínculo de convivencia estable y permanente con el español o con el nacional de la UE o nacional de un Estado parte en el AEEE.

La introducción en las normas españolas de estas condiciones conlleva a preguntarnos si se puede estar generando una cierta vulneración del Derecho comunitario, puesto que en todos los casos se exige la existencia de un vínculo de convivencia estable y permanente con los nacionales de los Estados miembros UE o de los otros Estados parte en el AEEE. ¿Significa esto que el nacional de un tercer país casado o familiar –hijo menor de veintiuno o ascendiente a cargo– de español o de un nacional de los países mencionados debe justificar que efectivamente mantiene ese vínculo estable y permanente? Para el caso del cónyuge ¿significa que debe demostrar que continúa viviendo realmente con su pareja?

Desde la perspectiva comunitaria, en ningún caso se deben acreditar estas circunstancias, es suficiente con justificar la existencia del vínculo de parentesco; en el caso concreto del cónyuge bastaría con acreditar que el vínculo matrimonial no ha sido disuelto. Esta afirmación no puede ser considerada como excesivamente tajante, pues ciertamente en las disposiciones comunitarias no encontramos apoyo para la incorporación de las restricciones mencionadas; y, desde la perspectiva jurisprudencial, aunque no existen demasiados fallos judiciales en la materia, contamos con una decisión importante del Tribunal de Luxemburgo que nos puede servir como un precedente para aclarar esta situación. En este sentido, la *STJCE de 13 de febrero de 1985* ha apuntado que:

(27) Vid. *STJCE de 11 de julio de 2002*, Asunto C-60/00, Mary Carpenter y Secretary of State for the Home Department. En esta decisión el Tribunal de Luxemburgo viene a afirmar que: “El artículo 49 de la CE, a la luz del derecho fundamental al respeto de la vida familiar, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en una situación como la del asunto principal, el Estado miembro de origen de un prestador de servicios establecido en ese mismo Estado, que presta servicios a destinatarios establecidos en otros Estados miembros, deniegue la residencia en su territorio al cónyuge, nacional de un país tercero, de dicho prestador” (*Rec.*, 2002, p. 6279).

(28) En el ámbito comunitario, los familiares de los propios nacionales no están incluidos expresamente entre los beneficiarios. La necesidad de su incorporación se justifica con el fin de evitar discriminaciones entre la situación de los familiares de los ciudadanos de la Unión, en función de que éstos hayan ejercido o no su derecho a la libre circulación. Por eso se preveía su inclusión en el artículo 4 de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar al disponer que: “...la reagrupación de los nacionales de terceros países miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que resida en el Estado miembro de su nacionalidad y no haya ejercido su derecho a la libre circulación de personas, se regirá *mutatis mutandis* por los artículos 10, 11 y 12 del Reglamento CEE, nº 1612 del Consejo” [*Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 1-XII-1999, COM (1999) 638 final - 1999/0258 (CNS), pp. 28-29; *DOCE*, nº C 116, 26-IV-2000]. La misma solución se proponía en la Propuesta modificada de la misma directiva [*Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 10-X-2000, COM (2000) 624 final, pp. 10-11; *DOCE*, nº C 62 E, 27-II-2001]. Sin embargo, en la última Propuesta modificada de la mencionada Directiva del Consejo, se ha hecho una eliminación a esta extensión de beneficiarios, pues el nuevo artículo 3.3 dispone que: “La presente Directiva no se aplicará a los miembros de las familias de ciudadanos de la Unión” [*Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 2-V-2002, COM (2002) 225 final, p. 16; *DOCE*, nº C 203 E, 27-VIII-2002].

“... a los efectos de la aplicación del artículo 10 del Reglamento 1612/68, que prevé el derecho del cónyuge del trabajador emigrante a instalarse con él, el vínculo conyugal no puede considerarse disuelto en tanto no se haya puesto fin por la autoridad competente. Ese no es el caso de los esposos que simplemente viven separados, incluso cuando tienen la intención de divorciarse ulteriormente.”²⁹.

En la misma decisión se concluye que una esposa separada no pierde sus derechos de residencia por el simple hecho de no dormir bajo el mismo techo de su marido, añadiendo que “el reglamento 1612/68, no puede interpretarse como exigiendo una comunidad de vida conyugal intacta. En efecto, no corresponderá a la administración encargada de la inmigración, juzgar si es posible aún una reconciliación. Es más si la cohabitación de los esposos es considerada como una condición imperativa, el trabajador podrá, en todo momento, provocar la expulsión de su cónyuge”³⁰. Por otro lado, en el caso de disolución del matrimonio el nacional de un país tercero puede seguir permaneciendo en el país de acogida incluso aunque su ex-cónyuge ya no sea trabajador migrante³¹. En este sentido, la *STJCE de 17 de septiembre de 2002*. Asunto C-413/99. Baumbast señala que:

“Cuando los hijos disfrutan del derecho a residir en un Estado miembro de acogida para seguir en él cursos de enseñanza general de conformidad con el artículo 12 del Reglamento nº 1612/68, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que permite al progenitor que tenga efectivamente la custodia de dichos hijos, con independencia de su nacionalidad, residir con ellos de forma que se facilite el ejercicio de ese derecho, aunque, entre tanto, los padres se hayan divorciado o el progenitor que tenga la condición de ciudadano de la Unión Europea ya no sea trabajador migrante en el Estado miembro de acogida.”³².

A los efectos de la reagrupación familiar, nuestro Ordenamiento, en la redacción actual, sigue imponiendo un requisito que no existe en el ámbito comunitario que incluye al cónyuge independientemente de cuál sea situación real de la pareja salvo que se haya disuelto, mientras que a nivel interno se dispone expresamente que el cónyuge no se encuentre separado de derecho³³. En todo caso, no parece razonable, al menos en principio, que nuestra legislación incorpore una condición –de carácter restrictivo– inexistente en el ámbito comunitario, como es que debe

(29) Cdo. 20 de la *STJCE de 13 de febrero de 1985*, Asunto 267/83, A. Diatta/Land Berlin (*Rec.*, 1985-2, pp. 567-591). Sobre la práctica de los tribunales ingleses (Cf. J. STEINER: *Manual básico de legislación de la CEE*, Madrid/Barcelona/Bilbao, Ed. Deusto, 1991, p. 224).

(30) Cdo. 10 de la *STJCE de 13 de febrero de 1985*, Asunto 267/83, A. Diatta/Land Berlin (*Rec.*, 1985-2, pp. 567-591, esp. 587-589).

(31) La situación del nacional se menciona expresamente en la *Sent. TJCE de 17 de septiembre de 2002*. Asunto C-413/99. Baumbast al afirmar que: “Un ciudadano de la Unión Europea que ya no disfruta en el Estado miembro de acogida de un derecho de residencia como trabajador migrante puede, en su condición de ciudadano de la Unión, disfrutar en ese Estado de un derecho de residencia en virtud de la aplicación directa del artículo 18 de la CE, apartado 1. El ejercicio de este derecho está sujeto a las limitaciones y condiciones a las que se refiere dicha disposición, apartado 1, pero las autoridades competentes y, en su caso, los órganos jurisdiccionales nacionales deben velar por que dichas limitaciones y condiciones se apliquen respetando los principios generales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de proporcionalidad” (vid. nota 22).

(32) *Ibid.* nota anterior.

(33) El vínculo conyugal no se disuelve mediante separación ni de hecho ni declarada judicialmente; puesto que, según dispone el artículo 85 del Cc “El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por divorcio”.

mantenerse un vínculo de convivencia estable y permanente con el titular del derecho a la libre circulación.

Finalmente, el RD 178/2003 tampoco está favoreciendo la reagrupación de otros miembros de la familia que se encontrasen o viviesen a cargo del trabajador en el país de origen, al no recoger el supuesto eventualmente previsto en el artículo 10.2 del Reglamento 1612/1968 y artículo 1.2 de la Directiva 73/148³⁴.

III. REGULACIÓN INCOMPLETA DEL PROCEDIMIENTO DE EXPEDICIÓN DEL VISADO PARA LOS FAMILIARES

A) Cuestiones específicamente reguladas en materia de visados para los familiares

A los familiares, ya se trate de cónyuge, descendientes o ascendientes, que no posean la nacionalidad de un país comunitario o del EEE se les podrá exigir el visado³⁵. En este sentido, se establece que a los familiares nacionales de terceros países que no gozan de la nacionalidad de un país de la UE o de otro Estado parte en el AEEE, necesitarán “además, el correspondiente visado, sin perjuicio de lo dispuesto en tratados o convenios internacionales en los que España sea parte” (artículo 4.2 del RD 178/2003). Sin embargo, no se regula en el nuevo texto un procedimien-

(34) Vid. nota 23.

(35) Para la relación de nacionales de terceros países a los que no se exige visado si pretenden entrar en España para una visita turística por un período inferior a tres meses sin ánimo de realizar una actividad lucrativa o instalar residencia (<http://www.mir.es/extranje/confor.htm>). En todo caso, en ámbito europeo debe tenerse en cuenta los anexos I y II del Reglamento CE nº 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado al cruzar las fronteras exteriores (DOCE, 81 L, 21-III-2001, pp. 1-7). Ahora bien, estos anexos han sido reformados por dos Reglamentos posteriores: el Reglamento CE nº 2414/2001 del Consejo, de 7 de diciembre y por el Reglamento CE nº 453/2003 del Consejo, de 16 de marzo (DO L nº 69, de 13-III-2003, pp. 10-12). Mediante este nuevo texto se da una nueva redacción y se incluyen en el anexo I a Ecuador y se excluye del anexo II; se incluye Timor Leste, que pasa de ser territorio especial a Estado independiente. Y del anexo II se excluye a Suiza. La inclusión de Ecuador entre los países a cuyos nacionales se les va a exigir el visado a partir del 1 de junio de 2003, contó en la Comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores del Parlamento Europeo con un Ponente español –J.S. Hernández Mollar–. En su ponencia se argumentaba que en los datos remitidos a la CE por los cinco socios que se pronunciaron “a favor de incluir a Ecuador en la lista de países cuyos nacionales están obligados a obtener un visado”. Mientras Bélgica, Holanda y Luxemburgo se limitaron a afirmar que la ausencia del visado genera la trata de seres humanos; España e Italia aportaron estadísticas referentes al crecimiento de los flujos ilegales de ecuatorianos. Italia solicitó a la UE, además, una “mayor coherencia geográfica” en la materia. “El visado se exige al resto de países andinos convirtiendo al pasaporte ecuatoriano en interesante para su compra y falsificación”, relata en su dictamen. El Ponente apoyó la Propuesta de la Comisión alegando “algunos Estados miembros han demostrado la existencia de un problema de inmigración ilegal con los nacionales de Ecuador” y como contrapartida debe adoptarse a escala de la Unión Europea la exigencia del visado (*Parlamento Europeo*, Final A5-0005/2003, de 22 de enero de 2003, pp. 1-8). Con respecto a España la aprobación y exigencia de visado a partir del 1 de junio de 2003 para los ecuatorianos exige la previa denuncia del Acuerdo bilateral sobre supresión de visados. Dicha autorización ya ha sido solicitada; sin embargo, aunque no ha finalizado la totalidad del procedimiento en las Cortes Generales (*BOCC, Sección Cortes Generales*, Serie A. nº 412, 14-III-2003).

to claro y facilitado de concesión de visado para estas personas³⁶ aunque se ha sugerido en el ordenamiento comunitario³⁷.

En el nuevo RD se establece, con relación a dichos visados, por el hecho de que sus destinatarios son personas que invocan ser titulares de un derecho subjetivo a residir en España reconocido por el ordenamiento jurídico, que “la denegación deberá ser motivada, indicando las razones de orden público, seguridad o salud públicas en que se base dicha resolución denegatoria, que serán puestas en conocimiento del interesado, a no ser que ello sea contrario a la seguridad del Estado” (artículo 4.3 del RD 178/2003).

Desde nuestra perspectiva debía haberse incorporado en la nueva regulación un procedimiento para la expedición de visados para los beneficiarios del artículo 2 del RD 178/2003, que tuviese como destinatarios a los familiares –nacionales de terceros países–. Ahora bien, en el RD 178/2003 sólo se recoge una única especialidad, en este caso, se concreta en la gratuidad de su expedición por lo que debemos tratar de averiguar los requisitos que se van a exigir para la concesión de estos visados, especialmente destinados a los familiares beneficiados por el RD 178/2003.

Como ya hemos apuntado, los familiares con derecho a reagrupación son los mencionados en el artículo 2 del RD 178/2003. Sin embargo, si ese familiar es un extranjero –no nacional de los países de la UE o del AEEE– el procedimiento para la obtención de su visado no está recogido en el régimen especial. Ello significa que será necesario utilizar las reglas establecidas en el régimen general pero sin perder de vista que los destinatarios están ya delimitados claramente.

En todo momento hemos mantenido que no era recomendable una regulación conjunta de los visados del régimen comunitario con los visados de reagrupación familiar del régimen general (artículo 8.2 de la RELOEx con remisión a los artículos 17 y 18 de la LOEx)³⁸. Ello, debido a que la remisión a estos preceptos podía generar un incumplimiento de la normativa comunitaria al exigir a los Estados miembros que faciliten la concesión de los visados a los familiares, es decir, al cónyuge, a los descendientes menores de veintiún años o mayores a cargo, y a los ascendientes tanto del nacional comunitario como de su cónyuge, que vivan a expensas del nacional comunitario.

Hechas estas precisiones, pasamos a hacer algunas matizaciones por las que no es posible una regulación de los visados por reagrupación para los beneficiarios del RD 178/2003 con remisión al régimen general aunque éste finalmente resulte supletorio.

(36) En otras situaciones nos parecía un lapsus, en esta ocasión, sin embargo, parece tratarse de un olvido intencionado, ya que, por el contrario, si se piensa en la ausencia de visado o en su caducidad al se recoger expresamente, en la actual legislación, diez supuestos de exención de visado [vid. artículo 11.3.C) del RD 178/2003, transcrito en la nota 46].

(37) Los artículos 3.2 de las Directivas 68/360 y 73/148 han establecido que los Estados miembros otorguen “las mayores facilidades” para tramitar estos visados de los familiares de comunitarios, pero sin que hasta el momento de ello se hubiera deducido una obligación jurídicamente vinculante para los Estados miembros.

(38) Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Régimen jurídico de los nacionales de la Unión Europea y de los nacionales de los Estados Parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de sus familiares tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000”, P. AGUELO NAVARRO y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Ley de Extranjería*, Zaragoza, Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, 2000, pp. 161-196.

B) Cuestiones no reguladas en materia de visados para los familiares

En principio, un nacional de terceros países que necesite visado para entrar en España va a tener que solicitar dicho documento en el consulado español acreditado en el lugar de su domicilio o residencia. Al dirigirse a dicho consulado ¿qué tipo de visado solicita? Evidentemente, si pretende venir a instalarse parece que sería preciso pedir un visado de residencia³⁹. Pero vamos más allá ¿qué tipo de visado de residencia? Vistos todas las modalidades previstas en el artículo 8 del RELOEx para poder venir a España con carácter permanente, tratando de beneficiarse por ser familiar parece que debe solicitar el visado por motivos de reagrupación. Ahora bien, ¿qué requisitos deben cumplir estos familiares? ¿Recurriríamos al régimen general de extranjería? La lectura del procedimiento y requisitos exigidos para estos visados en régimen general nos lleva a señalar que son incompatibles. Ya sabemos desde el principio que los eventuales destinatarios de ese visado serán los familiares descritos en el artículo 2 del RD 178/2003 y que no se puede utilizar en modo alguno los requisitos previstos en el artículo 8.2 del RELOEx.

Los verdaderos beneficiarios deben solicitar y obtener el visado mediante un procedimiento y cumpliendo unas condiciones. Aquí volvemos a tratar de averiguar si los requisitos previstos en el régimen general deben ser tomados en consideración con respecto a los familiares de los nacionales de la UE y a los nacionales del AEEE. Desde luego, tampoco se puede proyectar pues el nacional comunitario o de un país de un Estado parte del AEEE no necesita alegar ser residente y con permiso renovado, entre otras cosas porque estas personas tienen derecho a vivir sin necesidad de solicitar ningún tipo de autorización o permiso e incluso sin tarjeta. Al familiar se le debe facilitar el visado incluso aunque el nacional del que dependan aún no se haya trasladado a España. Ahora bien, los cónsules españoles no tienen normas válidas y en cada uno de los Consulados se exigen requisitos diversos⁴⁰.

El visado que se puede exigir sería un visado de corta duración que debería ser expedido en pocos días. En concreto, el artículo 6.2 de esta Propuesta modificativa establece que:

“Los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro sólo podrán estar sometidos a la obligación de un visado de entrada de acuerdo con el Reglamento (CE) nº 539/2001 o, si procede, con la legislación nacional. A efectos de la presente Directiva, la posesión de un documento de residencia válido expedido por un Estado miembro exime de la obligación de solicitar un visado.

(39) El artículo 8 del RELOEx establece que “los visados de residencia podrán ser concedidos a los extranjeros que deseen trasladar su residencia a España”.

(40) Se ha podido observar que las prácticas consulares restringen la efectividad del derecho. En varios Consulados españoles la única diferencia entre el procedimiento para reagrupar al cónyuge del extranjero residente legal y al cónyuge de español o comunitario es que no existe un impreso habilitado al efecto. Ello implica que existan tantos procedimientos para la entrada de familiares españoles y de comunitarios como Consulados españoles acreditados en el extranjero [Ponencia de E. ARCE JIMÉNEZ: “Reagrupación familiar”, *XII Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería*, organizado por el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante, y la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, celebrado en Alicante (días 9, 10 y 11 de mayo), impartida el día 10 de mayo de 2002]. En esta intervención se hizo un examen de los requisitos que se piden en los Consulados de España en La Habana, Caracas, México y Buenos Aires, que podemos encontrar en sus respectivas hojas web, poniendo de manifiesto que la práctica consular hace norma de obligado cumplimiento para los familiares de los nacionales comunitarios y de los españoles una serie de requisitos sin tener respaldo legislativo alguno.

Los Estados miembros concederán a estas personas todas las facilidades para obtener los visados que precisen. Estos visados se expedirán a más tardar dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud. Estos visados serán gratuitos”⁴¹.

¿Qué ocurre si los familiares se presentan en frontera deseando entrar en territorio español careciendo del visado? En todo caso, parece que la entrada no debe estar sometida al régimen general de extranjería, incluido el tema relativo al visado de residencia por reagrupación familiar^{41 bis}. En el fallo final de la *STJCE de 25 de julio de 2002*, Asunto C-459/99, MARX, se puede leer que:

“... un Estado miembro no puede denegar, en la frontera, la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que intente entrar en su territorio sin disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido o, en su caso, de un visado, cuando dicho cónyuge pueda probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y si no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública en el sentido de los artículos 10 de la Directiva 68/360 y 8 de la Directiva 73/148.”⁴².

Ello quiere decir que en frontera se les podría permitir la entrada con la mera presentación del pasaporte o el título de identificación y una prueba acreditativa de ser “familiar” beneficiario del RD 178/2003. Se puede entender que la no presentación del visado no es motivo suficiente para denegar la entrada del familiar comunitario, ya que ello atentaría contra la protección de la vida familiar y sería una respuesta desproporcionada⁴³. En todo caso debe presentarse algún tipo de documentación que justifique su identidad y el vínculo de parentesco que le permite gozar de los beneficios del RD 178/2003. Esto evitaría la denegación de entrada. Desde luego, podemos llegar a esa conclusión de una lectura superficial de los párrafos 1º y 4º del artículo 6 de la Propuesta modificativa en los que se establece que:

“1. Los Estados miembros admitirán en su territorio al ciudadano de la Unión y a los miembros de su familia, cualquiera que sea nacionalidad, siempre que estén provistos de un carné de identidad o de un pasaporte válidos.”

“4. Cuando el ciudadano de la Unión o el miembro de su familia no dispongan de los documentos de viaje necesarios o, en su caso, de los visados necesarios, el Estado miembro afectado dará a estas personas todas las facilidades para permitirles obtener en un plazo razonable, los documentos necesarios o para que se confirme o pruebe por otros medios su calidad de beneficiario del derecho de libre circulación, antes de proceder a la denegación de entrada.”⁴⁴.

(41) *Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 15-IV-2003 COM (2003) 199 final, p. 20.

(41 bis) La Comisión ha interpuesto el 7 de abril de 2003 un recurso ante el TJCE contra el Reino de España alegando que no se puede exigir un visado de residencia para la expedición del permiso de residencia a los nacionales de un tercer país miembro de la familia de un nacional comunitario que ha ejercido la libertad de circulación (*DOUE C*, nº 135, 7-VI-2003, pp. 16-17).

(42) *Rec.*, 2002, pp. 6591-6675.

(43) Cf. P. JIMÉNEZ BLANCO: “Las libertades de circulación y residencia...”, op. cit., p. 5.

(44) *Comisión de las Comunidades Europeas*, Bruselas, 15-IV-2003, COM (2003) 199 final, pp. 20-21. El párrafo 6 de este mismo artículo en cambio dispone que: “Las disposiciones del apartado 5 se aplicarán asimismo a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro y que acompañen al ciudadano de la Unión o se reúnan posteriormente con él. Sin embargo, en caso de que dichos miembros estén sometidos a la obligación de visado, deberán pre-

Desde luego, la prueba de la identidad y del vínculo familiar pasa a tener esencial importancia en el momento de la entrada, pudiendo ser denegada la entrada al margen de cualquier consideración sobre el orden público, la seguridad o la salud pública aunque desde luego las autoridades de control de frontera deben facilitar la posibilidad de probar que son destinatarios del régimen comunitario concediéndoles un plazo razonable para ello.

IV. REGULACIÓN INSATISFACTORIA DE LA EXENCIÓN DE VISADO PARA LOS FAMILIARES

A) Regulación general de los supuestos de exención

Es posible que el nacional de terceros países “familiar de comunitario” se encuentre en España sin visado, o con visado caducado. En este supuesto el extranjero, desde la perspectiva española, debe solicitar y obtener la exención del mismo para poder conseguir una tarjeta de residencia⁴⁵.

En nuestro país, sin embargo, la exención de visado está subordinada a la concurrencia de unas razones específicamente delimitadas. En concreto, el familiar –nacional de terceros país– debe quedar encuadrado en alguno de los diez supuestos que se recogen en el artículo 11.3.2 del RD 178/2003. En dicho precepto, además de señalar que la eventual exención se resuelve con la solicitud de la tarjeta, impone que no debe existir mala fe en el solicitante y que el interesado sea una de las personas previstas en al menos uno de los diez grupos con derecho a exención⁴⁶.

sentar una solicitud de tarjeta de residencia, de conformidad con el artículo 9, *antes de que expire la validez de dicho visado*” (ibíd., p. 21).

(45) Esta afirmación debe matizarse, pues aunque el RD 178/2003 establece esta exigencia debemos señalar que tal requisito no se encuentra reflejado en el Derecho comunitario (vid. artículo 4 de la Directiva 68/364/CEE, el artículo 6 de la Directiva 73/148/CEE, el artículo 2.1.2 de la Directiva 90/364/CE, artículo 2 de la Directiva 90/365/CEE y artículo 2 de la Directiva 93/96/CEE). En algún fallo judicial también se ha mantenido, en concreto, la *Sent. Tribunal Superior de Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4 de octubre de 2000 (El Derecho, 2000, nº 61704)* que sigue la misma línea que la *Sent. Tribunal Superior de Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de marzo de 2000* en la que se afirma que: “para la expedición del permiso o del documento de residencia, el Estado miembro sólo podrá exigir al solicitante que presente un documento de identidad o un pasaporte y que pruebe que cumple los requisitos establecidos en el artículo 1 (Directiva 364/90/CEE)”. Esta tendencia se confirma con la Propuesta de Directiva de 23 de mayo de 2001, sobre libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión, que no recoge, entre la documentación necesaria para la obtención de la tarjeta de residencia, ni la necesidad de visado de residencia ni de su exención pero sí se incluye la necesidad de solicitar la tarjeta antes de la expiración de la validez del visado. En el artículo 9.2 de la Propuesta modificativa se incluye la misma disposición; pero se incluye un nuevo apartado bis para establecer expresamente que: “*No se denegará la tarjeta de residencia por el único motivo de que el interesado carece de visado o su visado haya caducado antes de la presentación de la solicitud de tarjeta de residencia*”. Y en el párrafo 3º se dispone que: “El incumplimiento de la obligación de solicitar la tarjeta de residencia podrá ser objeto de *sanciones administrativas no discriminatorias y proporcionadas*”. [Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 15-IV-2003 COM (2003) 199 final, p. 24].

(46) Estos supuestos son los siguientes: 1.º Extranjeros que no puedan aportar el visado por ser originarios o proceder de una zona en la que exista un conflicto o disturbio de carácter bélico, político, étnico o de otra naturaleza, cuya magnitud impida la obtención del correspondiente visado, o en la que haya acontecido un desastre natural cuyos efectos perduren en el momento de la solicitud del mencionado visado [idéntico al supuesto previsto en el artículo 49.2.a) del RELOEX]; 2.º Extranjeros que no pueden conseguir el visado por implicar un peligro para su seguridad o la de su familia su traslado al

En realidad, la nueva regulación no supone ningún cambio positivo; ciertamente, se podía haber regulado y no haber sido superfluo; sin embargo, tal y como se recoge en el tenor literal del artículo 11.3.2 del RD 178/2003 estamos ante una reiteración incluso restrictiva de lo establecido en la legislación general de extranjería (artículos 31.7 de la LOEx y 49.2 del RELOEx)⁴⁷. En este último se incorporan doce grupos, por tanto no se mencionan dos grupos; ahora bien, los otros diez supuestos recogidos son innecesarios ya que en siete de ellos los destinatarios son idénticos, lo cual viene a suponer una repetición inútil⁴⁸.

Desde nuestra perspectiva la reiteración de los siete grupos que hemos señalado es innecesaria, pues se trata de una regulación genérica y no especial para los familiares de los nacionales comunitarios y para los nacionales de los Estados parte en el AEEE. Sólo deberían haberse recogido los casos específicos con relación a los familiares a los que hemos venido refiriéndonos: cónyuge, descendientes y ascendientes con unas determinadas características, las establecidas obviamente en su régimen jurídico.

En la nueva regulación se enumeran y reproducen los supuestos previstos para los extranjeros sometidos al régimen general para proyectarlos al régimen de los nacionales de la UE y nacionales del EEE; y, por otro lado, en los supuestos que no se copian literalmente se produce un lamentable olvido del artículo 2 del RD 178/2003, como trataremos de exponer a continuación. Por ese motivo, nos vamos a centrar sólo en los tres casos mencionados: en primer lugar, exención de visado para el cónyuge; en segundo término, la exención de visado para los descendientes del nacional o de su cónyuge siempre que sean menores de veintiún años o vivan a sus expensas; y en tercer término, los ascendientes del nacional o de su cónyuge.

país del que son originarios o proceden, o por carecer de vínculos personales con dicho país [idéntico al artículo 49.2.b) del RELOEx]; 3.º Extranjeros menores de edad o incapacitados: a) Que sean hijos de españoles o de nacionales de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo residentes en España. b) Que estén sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un nacional del Espacio Económico Europeo residentes en España, de forma que reúna los elementos necesarios para producir efectos en territorio español [Supuesto recogido en términos diferentes al artículo 49.2.c) del RELOEx]. 4.º Extranjeros que sean cónyuges de español o de residente legal que sea nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de derecho y se acredite la convivencia en España al menos durante un año [vid. artículo 49.2.d) del RELOEx]. 5.º Españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española [idéntico al artículo 49.2.g) del RELOEx]; 6.º Extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad o impedimento que requiera asistencia sanitaria y les imposibilite el retorno a su país para obtener el visado [idéntico al artículo 49.2.h) del RELOEx]; 7.º Extranjeros a los que se haya concedido la cédula de inscripción a la que se refiere el artículo 56 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, aprobado mediante Real Decreto 864/2001, de 20 de julio [idéntico al artículo 49.2.i) del RELOEx]; 8.º Extranjeros que hayan entrado en España con un visado de residencia válidamente expedido por las autoridades consulares españolas y no hayan podido obtener la correspondiente tarjeta de residencia por causas ajenas a su voluntad [idéntico al artículo 49.2.j) del RELOEx]; 9.º Extranjeros ascendientes de ciudadano español o de residente legal que sea nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que viva a expensas de éste y reúna los requisitos necesarios para beneficiarse de la reagrupación familiar [redacción similar a la recogida en el artículo 49.2.k) del RELOEx]; y 10. Extranjeros cuya residencia en España sea considerada de interés público [idéntico al artículo 49.1.l) del del RELOEx].

(47) Para un examen de los supuestos de exención de visados en el régimen general (vid. P. AGUELO NAVARRO y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 565-582).

(48) Cf. P. JIMÉNEZ BLANCO: "Las libertades de circulación y residencia...", op. cit., p. 7.

B) Exención de visado para nacionales de terceros países cónyuges de nacionales de la UE o AEEE y para cónyuges de españoles

Si iniciamos el estudio de la exención de visado para el cónyuge de un español o de un nacional de un Estado miembro de la UE, o de un Estado parte en el AEEE para poder acceder a la tarjeta es preciso que se trate de:

“Extranjeros que sean cónyuges de español o de residente legal que sea nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de derecho y se acredite la convivencia en España al menos durante un año.”

Dejando a un lado la necesidad de que viva y conviva, con el español o con el comunitario, de manera constante —exigida en el artículo 2 del RD— la ilegalidad se produce por exigir el RD la convivencia del cónyuge en territorio español durante un año, un requisito inexistente incluso en el régimen general de extranjería (artículo 31.7 de la LOEx); y, por supuesto, vulnera el derecho comunitario por la incorporación de unas limitaciones inexistentes.

Del texto transcrito debemos retener varios datos: de un lado, es aparentemente superfluo e incompleto; además, en relación a los familiares de los nacionales de los otros países miembros de la UE y de los Estados parte en el AEEE vulnera el Derecho comunitario y es contrario al Derecho fundamental a vivir en familia; y en cuanto a los familiares de los españoles puede tacharse de ilegal e incluso de inconstitucional.

En primer término hemos dicho que aparentemente es superfluo y además incompleto. Con relación a este último dato debemos decir que el tenor literal se ha olvidado de los cónyuges de los nacionales comunitarios, salvo que pensemos que éstos están ya incluidos entre los cónyuges de los nacionales de los países parte del AEEE. Realmente no se entiende que se hayan omitido pues en el resto del articulado del RD 178/2003 se mencionan ambos grupos. Probablemente sea objeto de una corrección de erratas aunque, por otro lado, no parece que pueda provocar problemas interpretativos.

En todo caso, aparentemente, podemos llegar a tacharlo de superfluo, pues, este supuesto es prácticamente una reiteración del artículo 49.1.d) del RELOEx. El texto del RD 178/2003 debe ser elogiado por el hecho de no hacer una referencia al artículo 17 de la LOEx, pero el resto del precepto es tan criticable como aquél⁴⁹, máxime a la luz de la *Sent. TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 6ª) de 20 de marzo de 2003* que declara ilegal el artículo 49.1.d) del RELOEx⁵⁰. Por ello, el nuevo precepto, en tanto en cuanto supone una reiteración de ese precepto del RD 864/2001 debe ser considerado como ilegal como trataremos de demostrar un poco más adelante.

(49) Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Algunas irregularidades detectadas en el Real Decreto 864/2001”, *Entre Culturas. Boletín del Programa de Inmigrantes de Cáritas Española*, nº 41, julio-septiembre, 2001, pp. 7-11, esp. pp. 9-10. Argumentos idénticos fueron utilizados en el texto de la demanda interpuesta por Andalucía Acoge y Red Acoge, en el recurso contencioso administrativo nº 1488/01 que ha dado lugar a la *Sent. TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 6ª) de 20 de marzo de 2003*.

(50) *BOE*, 16-V-2003, p. 18869; *RAJ*, 2003, nº 2244.

Con respecto a la vulneración del derecho comunitario, la remisión de incorporación de la no separación de derecho prevista en el párrafo 3 del artículo 11 impone al cónyuge y al matrimonio una serie de requisitos y con ello obstáculos, que no están previstos en la legislación comunitaria. Las precauciones han sido pocas para el resto de los condicionantes del matrimonio que no existen en el Derecho comunitario, donde la condición de cónyuge no queda limitada. Desde luego, desde la perspectiva comunitaria el cónyuge es cónyuge hasta que se disuelva el matrimonio y que no es preciso ni el período de tiempo desde la celebración del matrimonio ni tan siquiera que los cónyuges convivan de forma estable y permanente⁵¹.

En cuanto a los familiares de los españoles la ilegalidad es manifiesta, pues si comparamos el texto del artículo 31.7 de la LOEx y el nº 4 del artículo 11.3.2 del RD 178/2003, que estamos analizando, la exigencia de convivencia está recogida legalmente, pero la LOEx no impone que dicha convivencia deba ser necesariamente en España. También se puede demostrar que el Gobierno, desde el principio, quería introducir este último requisito impuesto ahora en el RD 178/2003⁵².

De lo expuesto se deduce claramente que la LOEx exige el plazo; ahora bien, lo que no impone es el lugar de dicha convivencia. Por tanto, nos encontramos ante una ilegalidad manifiesta del texto analizado teniendo en cuenta el principio básico y constitucionalmente consagrado de la jerarquía normativa (artículo 9.3 de la CE).

Antes de finalizar el análisis del nº 4 del párrafo 3.C) del artículo 11, debemos hacer alusión a otro tema preocupante: el plazo de un año de convivencia. Este plazo es contrario al Derecho comunitario si lo observamos desde la perspectiva de los cónyuges de los nacionales de los países de la Unión. Desde luego si lo examinamos desde la perspectiva de los cónyuges de los españoles la solución no puede ser la misma ya que no resulta directamente invocable el régimen comunitario, por lo que ese plazo sólo podrá ser tildado de inconstitucional y contrario a los Convenios internacionales ratificados por España en los que se instauran el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a vivir en familia⁵³.

(51) Vid. *STJCE de 13 de febrero de 1985*, Asunto C-267/83, Diatta/Land de Berlín.

(52) En este sentido, debemos remontarnos al artículo 29.7 del Proyecto de Ley, de reforma de la LO 4/2000, remitido al Congreso, cuyo tenor literal era el siguiente: “Cuando la exención se solicite como cónyuge de residente, se deberán reunir las circunstancias del artículo 17 y acreditar la convivencia en España al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año” (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A, nº 12-1, de 11 de septiembre de 2000, p. 6). El requisito de la convivencia en territorio español fue suprimido en el texto aprobado por la Comisión Constitucional (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A, nº 12-8, de 20 de noviembre 2000, p. 153). Se suprimió por la aceptación parcial de la Enmienda nº 260, presentada por el GP Socialista del Congreso (*ibíd.*, nº 12-5, de 18 de octubre 2000, pp. 100-101).

(53) Vid. artículos 8 y 12 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (*BOE*, 10-X-1979). En aplicación del artículo 8 de dicho Convenio, la *STEDH de 21 de junio de 1988*. Asunto Berrehab contra Reino de Países Bajos. En dicho supuesto un marroquí demandó al Reino de los Países Bajos por violación del artículo 8 del Convenio de Roma ante una denegación de un nuevo permiso de residencia y posterior expulsión después de su divorcio con una ciudadana holandesa, de cuyo matrimonio existía una hija. Ante este supuesto el TEDH estimó la demanda (*ARJTEDH*, 1988, nº 3).

Ello, está generando un incremento del número de extranjeros en situación “irregular” y, en todo caso, no sólo se vulnera el Ordenamiento Comunitario sino también el derecho fundamental a vivir en familia. Para evitar esta infracción se debe entender que dicho plazo no es necesario, como se entendió con respecto a la interpretación de la anterior regulación⁵⁴. Son varios los fallos judiciales que avalaban su contrariedad con los Derechos Humanos, con el Derecho comunitario, e incluso con la propia Constitución Española. Desde luego, las razones excepcionales concurren en el cónyuge sin exigencias de plazos⁵⁵, siendo ilustrativa la *STS (Sala 3ª. Sección 6ª) de 1 de febrero de 2001*⁵⁶.

Desde el punto de vista jurisprudencial, esta última decisión, al plantear la eventual inconstitucionalidad del plazo, permite dar una pauta interpretativa de carácter negativo al núm. 4 del párrafo 3.2 del artículo 11 del RD 178/2003 que si bien tiene cobertura legal, desde luego, carece de la permisibilidad constitucional. Esta solución podría suponer un avance importante no sólo para evitar el nacimiento o el mantenimiento de situaciones de irregularidad sino también para perpetuar el derecho a vivir en familia.

Debe retenerse que de seguir el tenor literal del precepto, en ausencia de la exención de visado, el extranjero con derecho subjetivo a vivir en España por reagrupación familiar se ve obligado o bien a vivir durante un año de forma irregular o bien a abandonar el territorio español para ir a su país de origen y sólo podrá volver a nuestro país después de solicitar y obtener el visado⁵⁷.

C) Exención de visado para nacionales de terceros países descendientes de nacionales de la UE o AEEE o de cónyuges de españoles

En segundo término, en cuanto a los descendientes menores de veintiún años, el artículo 11.3 del RD 178/2003, sólo se refiere a:

“Extranjeros menores de edad o incapacitados:

- a) Que sean hijos de españoles o de nacionales de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo residentes en España.

(54) Vid. R. GISBERT CASASEMPERE: “La exención de visado por matrimonio en la nueva Ley de Extranjería”, *Actualidad Administrativa*, nº 21, semana del 19 al 25 de mayo de 2003.

(55) Vid. *ST Sup. Just. del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 30 de septiembre de 1997* (inédita; anotada por D. BLANQUER: “Familia y matrimonio en la Ley de extranjería. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de septiembre de 1997”, *REDA*, nº 99, 1998, pp. 443-464). Esta decisión ya ha sido reiterada por la *ST Sup. Just. del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 25 de febrero de 1999* y por la *ST Sup. Just. del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 29 de noviembre de 1999* y más recientemente por *ST Sup. Just. del Principado de Asturias (Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección 1ª) de 13 de septiembre de 2002*.

(56) Reitera la misma tesis: *STS (Sala 3ª. Sección 6ª) de 31 de octubre de 2000* y *STS (Sala 3ª. Sección 6ª) de 21 de mayo de 2001*.

(57) No es posible la expulsión salvo que concurren razones de orden público, de seguridad pública o de salud público [artículo 16 del RD 178/2003; Vid. *Sent. TS (Sala 3ª. Sección 7ª) de 5 de abril de 2002*]. En cuanto a la interpretación de estas limitaciones en el Derecho Comunitario [Vid. *STJCE (Sala 1ª) de 26 de noviembre de 2002*, Asunto C-100/2001, Ministre de l’Intérieur y Aitor Oteiza Olazábal].

b) Que estén sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un nacional del Espacio Económico Europeo residentes en España, de forma que reúna los elementos necesarios para producir efectos en territorio español.”

La lectura de este apartado junto con el artículo 2 del RD 178/2003 nos lleva a concluir que como mínimo existe una contradicción, ya que en el primero de los preceptos los descendientes con derecho a reagrupación familiar son los menores de veintiún años, y en la segunda disposición la edad se reduce a los dieciocho años, ya que en el Ordenamiento jurídico español la mayoría de edad se alcanza a esta edad. En todo caso, se debe tener en cuenta que en la futura legislación comunitaria a los descendientes no se les va a imponer ninguna restricción con relación a la edad⁵⁸.

D) Exención de visado para nacionales de terceros países ascendientes de nacionales de la UE o AEEE o de cónyuges de españoles

En tercer término, en cuanto a los ascendientes a cargo, en el artículo 11.3.C) del RD 178/2003 alude a ellos en los siguientes términos:

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

La reagrupación de ascendientes está subordinada a la exigencia de que reúna los requisitos necesarios para beneficiarse de la reagrupación familiar ¿pero cuáles son esos requisitos? Lógicamente los previstos en el Derecho comunitario: vínculo de parentesco y acreditación de vivir a expensas del titular de la libre circulación. Por tanto, no se deberá, como en el régimen general, justificar la necesidad de autorizar su residencia en España.

En definitiva, de estas disposiciones parece deducirse que los nacionales de terceros países casados con nacionales de los Estados miembros de la UE o de los Estados pertenecientes al AEEE no podrán obtener la exención de visado si no acreditan un período previo de matrimonio de un año a la fecha de la solicitud y además debe haber sido una convivencia en España. Mediante esta interpretación, cabe concluir que los nacionales de terceros Estados cónyuges de comunitarios o de españoles que no cumplan con el plazo señalado de vida conyugal no pueden obtener la tarjeta de residencia. Sin embargo, esta postura está generando un incremento del número de extranjeros en situación “irregular” y, en todo caso, no sólo se vulnera el Ordenamiento Comunitario sino también el derecho fundamental a vivir en familia. Así puede ser tachado de inconstitucional o cuando menos de contrario al derecho fundamental a la vida privada y familiar⁵⁹. Porque en todo caso, el Ordenamiento comunitario impone que se facilite la libre circulación de los nacionales de la UE y de sus familiares.

(58) Vid. nota 20.

(59) En interpretación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, se puede ver la *Sent. TEDH de 11 de julio de 2000*, Asunto Ciliz contra Reino de los Países Bajos. En dicho supuesto, un turco demanda a Países Bajos ante la denegación de un nuevo permiso de residencia y consiguiente medida de expulsión después de su divorcio de una ciudadana turca residente en Holanda de cuyo matrimonio existía un hijo (*ARJTEDH*, 2000, nº 150).

V. EXIGENCIA O NO DE LA TARJETA DE RESIDENCIA PARA PERMANECER MÁS DE TRES MESES EN TERRITORIO ESPAÑOL: INSEGURIDAD O IMPERATIVIDAD

A) No exigencia con carácter general al nacional de la Unión Europea y a los nacionales de los Estados parte en el AEEE

Tanto en la anterior reglamentación como en la actual, el titular del derecho no está obligado a proveerse de ningún otro documento si pretende vivir en España durante un plazo inferior a tres meses. En cuanto a los requisitos a cumplimentar por los titulares, el artículo 5.1 del RD 178/2003 exige, a los nacionales de los países comunitarios y de los países vinculados por el AEEE, la presentación de un documento que acredite su identidad (pasaporte o documento de identidad en vigor). Por tanto, la gran novedad de la nueva legislación se encuentra recogida en el artículo 6.1 del RD 178/2003 al extender la posibilidad de no solicitar tarjeta de residencia aun que el plazo de permanencia sea superior a tres meses.

En concreto, en el precepto mencionado se dispone que:

“Podrán residir en España sin necesidad de tarjeta de residencia expedida por las autoridades españolas para tal fin las siguientes personas que sean titulares de un documento de identidad o un pasaporte nacional válido y en vigor:

a) Nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que sean trabajadores por cuenta propia o ajena, estudiantes o beneficiarios del derecho a residir con carácter permanente.”

Se puede comprobar que prácticamente la totalidad de los nacionales de los países de la Unión y de los otros países parte en el AEEE están exentos de la tarjeta. Ello se deduce de un examen negativo del precepto que acabamos de transcribir. Es decir preguntándonos ¿quiénes no están incluidos? Ciertamente, la respuesta es difícil parece que los únicos exceptuados son los rentistas o los que sólo ejercen el derecho a la libre residencia sin vinculación a actividad económica alguna ni estudios actual o anterior. Es decir, estos serán los que precisan tarjeta; y en cambio están exentos de la misma: los que ejerzan una actividad por cuenta propia o ajena, los estudiantes, los trabajadores fronterizos, y, los que tengan derecho a vivir de forma permanente [artículo 6.1.a), c) y artículo 7 del RD 178/2003]⁶⁰.

(60) Tampoco necesitan tarjeta de residencia los beneficiarios del derecho a residir de forma permanente en España. Según el artículo 7.1 del RD 178/2003, los beneficiarios del derecho a vivir permanentemente son las siguientes personas: “Son titulares del derecho a residir con carácter permanente los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que hayan desarrollado una actividad económica por cuenta propia o ajena en territorio español y concorra en ellos alguna de las siguientes circunstancias: a) Que en el momento en que cese su actividad hayan llegado a la edad prevista por la legislación española para la jubilación con derecho a pensión, habiendo ejercido su actividad durante los 12 meses precedentes y residido en España durante más de tres años. b) Que hayan cesado en el desempeño de su actividad como consecuencia de incapacidad permanente para el trabajo, habiendo residido en España durante más de dos años sin interrupción. No será necesario acreditar tiempo alguno de residencia si la incapacidad resultara de accidente de trabajo o de enfermedad profesional que dé derecho a una pensión de la que sea responsable, total o parcialmente, un organismo del Estado español. c) Que después de tres años de actividad y de residencia continuadas en territorio español desempeñen su actividad en otro Estado miembro y mantengan su residencia en España, regresando al territorio español al menos una vez por semana”. La interpretación de la letra b) del artículo 7 del RD debe

Sin embargo, la mayoría de los familiares –los que no posean la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la Unión Europea o de otro Estado parte en el AEEE– para permanecer en España precisarán solicitar y obtener una tarjeta de residencia. Ello debido a que el artículo 6.1.b) del RD 178/2003 establece que:

“b) Familiares de las personas del párrafo anterior, así como familiares de ciudadanos españoles, cuyo vínculo sea uno de los establecidos en el artículo 2 del presente Real Decreto, siempre que sean nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea o nacionales de otro de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.”

Desde luego, se parte de la base que si tienen nacionalidad de un Estado miembro de la UE o de otro de los Estados parte en el AEEE podrán permanecer en España sin necesidad de tarjeta. Pero, estos familiares no son tales ya que al ser nacionales de los países mencionados son titulares del derecho a la libre circulación (artículo 18 del TCEE) o como mínimo podría alegar la aplicación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad (artículo 12 del TCEE). En cambio, los familiares no nacionales de esos Estados estarán todos ellos obligados a pedir la tarjeta.

Los familiares, que hemos delimitado como eventuales destinatarios o beneficiarios de los derechos recogidos en el RD 178/2003, deben aportar, por supuesto, documentación complementaria para acreditar el parentesco y los otros requisitos, que se le van a exigir para la expedición de la tarjeta de residencia. A modo de síntesis, los familiares del titular del derecho a la libre circulación, que no posean la nacionalidad de un Estado miembro, deben justificar el vínculo de parentesco y el hecho de vivir a expensas o estar a cargo del nacional con el que tengan dicho vínculo; también se les impone la exigencia del visado salvo la existencia de un tratado o convenio que les exima del mismo.

B) Régimen de estancia y residencia en el territorio español: expedición de tarjeta de residencia

Los beneficiarios del régimen que estamos abordando, que no puedan ser incluidos o contemplados, en el artículo 6 del RD, necesitarán proveerse de una tarjeta de residencia. En este sentido, el artículo 8.1 dispone que:

“La residencia temporal en España con una duración superior a tres meses e inferior a un año se documentará en aquellos casos no contemplados en el artículo 6 del presente Real Decreto con una tarjeta de residencia, de vigencia limitada a la duración de aquélla.”

realizarse teniendo en cuenta lo señalado en *STJCE (Sala 1ª) de 9 de enero de 2003*. Asunto C-257/00, Nani Givane y otros contra Secretary of State for the Home Department. En el fallo final el TJCE afirma que: “El artículo 3, apartado 2, primer guión, del Reglamento (CEE) nº 1251/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, debe interpretarse en el sentido de que el período de dos años de residencia continuada en él previsto debe preceder inmediatamente al fallecimiento del trabajador”.

Por supuesto, también pueden solicitarla las personas exentas de la misma. En este sentido el artículo 6.2 del RD 178/2003, establece que:

“No obstante, en cualquiera de los supuestos del apartado anterior en los que el interesado solicite dicha tarjeta de residencia, los órganos administrativos tendrán la obligación de informar al interesado sobre la no exigencia de la misma. Pero, si a pesar de ello, el interesado presenta la correspondiente solicitud, se le expedirá la tarjeta de residencia que corresponda o un certificado de residencia.”

Es decir, por precaución todos los nacionales pueden pedir la tarjeta, pero están obligados los rentistas o los que sólo vengán a ejercer la libre residencia sin realizar o haber realizado actividad laboral alguna en España, todos los familiares que sean nacionales de terceros países y los familiares de los españoles.

¿Se puede denegar la tarjeta al nacional o al familiar? Desde luego, el que pueda aportar la prueba de identidad y el parentesco no se le podrá denegar. En este sentido, la *STJCE de 25 de julio de 2002*. Asunto C-459/99. MRAX contra Etat Belge señala que:

“Los artículos 4 de la Directiva 68/360 y 6 de la Directiva 73/148 deben interpretarse en el sentido de que no autorizan a los Estados miembros a denegar un permiso de residencia ni a adoptar una medida de expulsión en contra de un nacional de un país tercero, que pueda aportar la prueba de su identidad y de su matrimonio con un nacional de un Estado miembro, por el único motivo de que haya entrado ilegalmente en el territorio del Estado miembro de que se trate.”⁶¹.

¿Se puede denegar la tarjeta de residencia al familiar por haber entrado sin visado? La *STJCE de 25 de julio de 2002*. Asunto C-459/99. MRAX contra Etat Belge afirma que:

“Los artículos 3 y 4, apartado 3, de la Directiva 68/360, 3 y 6 de la Directiva 73/148 y 3, apartado 3, de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, deben interpretarse en el sentido de que un Estado miembro no puede negarse a expedir un permiso de residencia a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que haya entrado legalmente en el territorio de dicho Estado miembro, ni adoptar una medida de expulsión del territorio en su contra, por el único motivo de que su visado haya caducado antes de haber solicitado el permiso de residencia.”⁶².

(61) Vid. nota 42.

(62) Vid. nota anterior. Si se deniega la tarjeta, según esta misma decisión: “Los artículos 1, apartado 2, y 9, apartado 2, de la Directiva 64/221 deben interpretarse en el sentido de que un extranjero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, tiene derecho a interponer un recurso ante la autoridad competente, que contempla el mencionado artículo 9, apartado 1, contra una decisión denegatoria de un primer permiso de residencia o contra una decisión de expulsión adoptada antes de la expedición de dicho permiso, aun cuando no disponga de un documento de identidad o cuando, pese a estar sometido a la obligación de poseer un visado, haya entrado en el territorio del Estado miembro sin dicho visado o haya permanecido en él con posterioridad a su caducidad”.

VI. EVENTUAL APLICACIÓN DEL RÉGIMEN GENERAL DE EXTRANJERÍA A LOS BENEFICIARIOS DEL RD 178/2003: SUBSIDIARIEDAD, SUPLETORIEDAD O NORMA MÁS FAVORABLE PARA LOS NACIONALES DE LA UE Y A LOS NACIONALES DE LOS ESTADOS PARTE EN EL AEE

A los beneficiarios de los artículos 1 y 2 del RD 178/2003, en principio, no se les aplica el régimen general. A éstos en caso de inexistencia de una norma, la autointegración se debe realizar mediante el recurso a las normas de Derecho Comunitario, tanto a las normas originarias como al derecho derivado⁶³.

Desde luego, para aplicar el RD 178/2003 debemos estar en presencia de sus beneficiarios. En caso contrario, la disposición final segunda establece que:

“1. La entrada, permanencia y trabajo en España de los familiares de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, a los que se refiere el artículo 2 del presente Real Decreto, se regirán por 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, en aquellos casos en que no quede acreditada la concurrencia de los requisitos previstos en el presente Real Decreto.”

Este precepto no es claro salvo para establecer el carácter subsidiario del régimen general cuando no se acredite la concurrencia de los requisitos previstos en el propio RD 178/2003. Debería pensarse que está haciendo referencia a no concurrir la condición prevista en los artículos 1 y 2 del mencionado texto, es decir que no estamos en presencia de unos beneficiarios del régimen especialmente establecido. Lógicamente si no se justifica la identidad y el vínculo de parentesco es imposible encuadrar el supuesto dentro del régimen previsto por RD 178/2003, por lo que en éste se prevé la aplicación subsidiaria del régimen general de extranjería.

Ahora bien, si acredita que son destinatarios o beneficiarios del RD ¿qué ocurre cuando el Derecho comunitario o su incorporación en el RD 178/2003 no regula un aspecto concreto? Si se trata de una ausencia de incorporación en la norma de transposición deben aplicarse directamente las normas comunitarias. En cambio, si la cuestión no se halla estipulada en el régimen comunitario, en nuestro país se aplicarían las normas generales de extranjería contenidas en la LOEx y en el RELOEx como supletorias pero sin que pueda producirse una contradicción con los principios comunitarios. Evidentemente, hay temas no regulados por el momento por la UE. A modo de ejemplo, no tenemos una regulación específica sobre las cuestiones procedimentales tales como la tramitación del visado o los requisitos que se exigen para su concesión. ¿Cómo se lleva a cabo la cobertura de la laguna? En este caso, se debe acudir a la normativa general interna. Ahora bien, no se debe olvidar que lo regulado en la normativa específica es esencial para una correcta interpretación. En este sentido, en un visado para reagrupación los beneficiarios van a ser las personas previstas en el artículo 2 del RD, por tanto cualquier mención o remisión a los beneficiarios previstos en el régimen general –artículo 17 de la LOEx– no es válida.

(63) Vid. artículos 12, 18, 39, 43 y 49 del TCE; Reglamento 1612/68, del Consejo, de 15 de octubre de 1968; Reglamento 1251/70/CEE; Directiva 64/221/CEE; Directiva 68/360/CEE; Directiva 73/148/CEE; Directiva 75/34/CEE; Directiva 90/364/CEE; Directiva 90/365/CEE; Directiva 93/96/CEE.

Sin embargo, la laguna sobre el procedimiento a seguir para la concesión de los visados sigue existiendo; la fórmula de eliminación de la laguna conlleva la aplicabilidad, con carácter supletorio, de lo establecido en el RD 864/2001. En este sentido, tanto el RD 178/2003 como el RELOEx son claros. En concreto la disposición final segunda nº 2 del RD 178/2003 dispone que:

“Las normas de carácter general contenidas en 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, y las normas reglamentarias vigentes sobre la materia, serán aplicables a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, con carácter supletorio y en la medida en que no se opongan a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como en el derecho derivado de los mismos.”

Por su parte el RD 864/2001, de 20 de julio, el reglamento, en su artículo único punto 3 se dispone que:

“Las normas del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, se aplicarán con carácter supletorio, o a los efectos que pudieran ser más favorables, a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y a las demás personas incluidas en el ámbito del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio.”

En caso de laguna parece claro que supletoriamente se aplica el régimen general en virtud de la primera disposición mencionada, pues en todo caso parece evidente que la segunda norma –aunque de igual rango– puede haber quedado derogada si contradice en algo lo establecido en la disposición derogatoria única del RD 178/2003.

Ahora bien, existen dudas sobre si el artículo único punto 3 del RD 864/2001 ha quedado totalmente derogado, pues el tenor literal transcrito introduce junto con la regla de la supletoriedad del régimen general previsto en el RELOEx otra regla de signo diferente como es la eventual primacía de dicho régimen en caso de que sea más favorable para los beneficiarios de los artículos 1 y 2 del RD 178/2003. Ciertamente, los términos de alternatividad en los que se incorporan dos reglas de tan variada índole nos debería llevar a reflexionar si son compatibles entre sí.

En todo caso, la segunda regla, la de la eventual primacía del régimen general en todos aquellos supuestos en los que exista una norma más favorable, intenta resucitar el artículo 1.2 de la LO 4/2000, que extrañamente desapareció en la tramitación de la Ley de reforma⁶⁴. El remedio no ha curado la enfermedad sino que fue una forma de acallar algún sector crítico. Ciertamente, el problema está en la Ley y la solución debe tomarse en la propia Ley, es decir votando de nuevo párrafo 2º del artículo 1 de la LO 4/2000⁶⁵.

(64) Vid. P. AGUELO NAVARRO y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Historia cronológica de la desaparición del apartado 2 de la Ley Orgánica 4/2000”, <http://www.reicaz.es/extranjeria/portada/portada.htm>. También puede ser consultado en la misma página web el Informe del Director de la S.G. del Congreso, relativo a la desaparición de dicho precepto.

(65) Algunos Grupos Parlamentarios se han hecho eco de este problema (GP Mixto y GP Izquierda Unida). En todo caso, muy prudentemente, el GP Socialista pidió la reintegración del texto perdido en el seno de la Comisión Constitucional del Congreso, mediante la Proposición de modificación de la LO 8/2000, presentada el 23 de marzo de 2001 (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 127-1, de 6 de abril de 2001, pp. 1-7).

De hecho, vamos a intentar demostrar que el artículo único punto 3 del RELOEx no puede venir a sustituir al 1.2 de la LOEx. La lectura rápida de ambos preceptos puede llevarnos a pensar que ambos textos son idénticos o que el resultado que produce aplicar la disposición reglamentaria puede llanamente llegar a poner fin al problema suscitado por la desaparición. Pues rotundamente no. El texto reglamentario sólo permite la aplicación de las normas más favorables previstas en el Reglamento y no prevé la aplicabilidad de las normas legales, y algunas no han sido objeto de desarrollo reglamentario. Me estoy refiriendo al título primero. Capítulo I de la LOEx, relativo a los derechos y libertades de los extranjeros (artículos 3 a 15 de la LOEx). Ciertamente, –muchos de ellos han sido tildados de inconstitucionales⁶⁶, pero si nos fijamos, por ejemplo, en el artículo 12.1 podemos observar que el extranjero puede obtener la asistencia sanitaria siempre que se encuentre empadronado. Los beneficiarios de los artículos 1 y 2 del RD 178/2003 para documentar el derecho a vivir en España deben tener cubiertos todos los riesgos sanitarios. ¿Podrían beneficiarse del artículo 12.1 de la LOEx? No existe norma habilitante, pues el RELOEx sólo admite la aplicabilidad de sus propias disposiciones. En definitiva, y como decía al comenzar este punto, el problema no está en el RELOEx sino en la propia LOEx, y debe ser resuelto en el texto legal por lo que habrá que pensar que el error cometido en las Cámaras –Comisión Constitucional del Congreso– sólo puede ser resuelto por el Poder Legislativo⁶⁷.

VII. CONCLUSIONES

Las disposiciones contenidas en el RD 178/2003, al igual que su precedente el RD 766/1992, con mayor o menor corrección técnico-jurídica, reflejan una importante labor de sistematización y simplificación de la regulación comunitaria.

(66) Esperemos que los recursos de inconstitucionalidad interpuestos sean resueltos con rapidez y sobre todo que el TC se decante por su incompatibilidad con el texto Constitucional como se ha pronunciado recientemente en la *STC 95/2003*, de 22 de mayo, con relación al apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (www.tribunalconstitucional.es/stc2003-095.htm). Vid. comentario crítico a la mencionada decisión en: M. PULIDO QUECEDO: "La asistencia jurídica gratuita de los extranjeros no residentes «legalmente» en España", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año XIII, nº 581, 12 de junio de 2003.

(67) Esta propuesta no se incluye en el 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 de Régimen Local; y de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A, nº 160-1, de 20 de junio de 2003, pp. 1-12). El Gobierno también se ha olvidado en el Proyecto de Ley Orgánica, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A, nº 136-1, de 21 de marzo de 2003, pp. 1-8). Tampoco se han incorporado el resto de los Grupos Parlamentarios tanto en el debate de la totalidad del Proyecto, con defensa de las seis Enmiendas de totalidad en las que se proponía la devolución de la reforma (*Cortes Generales. DSCD, Pleno y Diputación Permanente*, VII Legislatura, nº 245, Sesión plenaria nº 236, de 10 de abril de 2003, pp. 12541-12563); y tampoco se hacen eco en ninguna de las 194 Enmiendas –6 a la totalidad y 188 parciales– (ibíd., nº 136-8, de 13 de mayo de 2003, pp. 21-93) ni se ha mencionado en el debate del texto en la Comisión de Justicia e Interior como se puede comprobar en el Dictamen de la Comisión y escritos de mantenimiento de Enmiendas para su defensa ante el Pleno (ibíd., nº 136-12, de 24 de junio de 2003, pp. 113-122).

La anterior regulación fue denunciada por la Comisión Europea por su vulneración con el Ordenamiento Comunitario⁶⁸ siendo posteriormente subsanada por la modificación realizada mediante el RD 737/1995, de 5 de mayo⁶⁹ y mediante el RD 1710/1997, de 14 de noviembre. Por ello, a la hora de elaborar el RD 178/2003 se debería haber sido más prudente para evitar que en un futuro próximo sea necesario proceder a una modificación para no contravenir el Derecho comunitario.

En la actualidad, en el Ordenamiento comunitario, se está procediendo a la reforma de los dos Reglamentos de libre circulación de trabajadores y a las siete directivas relativas a la libre circulación de trabajadores, libre establecimiento y libre prestación de servicios de personas físicas, libre residencia de inactivos y de estudiantes. Por este motivo se puede pensar que la reforma española, de alguna forma, se anticipa a su ejecución pero sin tomar en consideración las medidas por el momento adoptadas; y, sin tener en cuenta la STJCE en el Asunto MRAX. Ciertamente, España había contraído un compromiso de eliminación de algunas formalidades. En concreto, la firma en Marsella, el 28 de julio de 2000, por los Ministros de Interior de Francia, Alemania, Italia y España de una Declaración en la que se comprometían a suprimir la obligación de poseer una tarjeta de residencia en determinados supuestos contempla la desaparición de tales documentos de extranjeros para los nacionales de los países miembros. Salvo por el cumplimiento de esta obligación no podemos dejar de pensar que las nuevas disposiciones han sido aprobadas en un momento poco oportuno⁷⁰ y de forma poco adecuada⁷¹.

Dejando a un lado, la escasa oportunidad de la nueva regulación podemos concluir lo siguiente:

1. Se ha aprobado un nuevo RD con el fin de retocar e introducir algunas modificaciones con motivo de dos hechos ocurridos en el ámbito de la UE: de un lado, la Declaración de Marsella; de otro lado, la entrada en vigor del Acuerdo de libre circulación con Suiza.
2. La introducción de las declaraciones conllevaba la necesidad de eliminar la exigencia de tarjeta de residencia para la casi totalidad de los nacionales de la Unión Europea aunque éstos residieran en España un período superior de tres meses (artículos 6.1 y 7 del RD 178/2003).
3. Se ha aprovechado la necesidad de modificar la legislación y la incorporación de estas novedades para derogar en su totalidad la legislación anterior (disposición derogatoria única del RD 178/2003).

(68) Vid. nota 3.

(69) La contradicción del derecho español y, por consiguiente, el incumplimiento del Derecho comunitario fue detectado por la Comisión Europea, lo que motivó una denuncia al Estado español. Como consecuencia de la misma, para evitar un recurso ante el TJCE, el Gobierno español optó por la modificación del mencionado artículo 2. Dicha reforma se llevó a cabo mediante el Real Decreto 737/1995, de 5 mayo (*BOE*, 5-VI-1995; *RAL*, 1995, nº 1675).

(70) Vid. notas 6 y 7.

(71) Vid. nota 8.

4. Ahora bien, a la pregunta si hemos avanzado o retrocedido con la nueva reglamentación podemos decir que:

A) A la hora de delimitar el ámbito de destinatarios se plantean serios problemas de compatibilidad con el Derecho comunitario, pues en el momento de etiquetar a los familiares se han añadido algunas condiciones que no están previstas en el Derecho comunitario. Así, desde nuestra perspectiva, se puede considerar restrictiva la exigencia de la convivencia estable y permanente del familiar con el nacional comunitario para poder beneficiarse de las disposiciones del RD 178/2003 (artículo 2.1 del RD 178/2003).

B) En cuanto a los requisitos que se van a exigir a los familiares no nacionales, el procedimiento para la concesión del visado no está regulado en su totalidad. Sólo sabemos que es gratuito y que la denegación debe ser motivada (artículo 4.2 del RD 178/2003); sin embargo, desconocemos qué tipo de visado se les va a expedir, qué requisitos se van a exigir con exactitud y qué procedimiento va a seguirse para la concesión de esos visados. Para nosotros, el régimen general de extranjería es imposible de aplicar para estos supuestos, por lo que se podría haber aprovechado la reforma para incluirlo. Por ello, consideramos que la nueva ordenación española es incompleta.

C) Para la expedición de las tarjetas a los familiares no nacionales de la UE o de los países del AEEE se exige el visado. En caso de que no se posea o se encuentre caducado será necesario solicitar la exención de visado [artículo 11.3.C) del RD 178/2003]. El examen de esta disposición permite comprobar su deficiente articulación: por innecesaria, contraria al derecho comunitario e incluso su eventual inconstitucionalidad.

5. En cuanto al papel que juega el régimen general de extranjería en la reglamentación especialmente prevista para los nacionales de la UE y del AEEE surgen bastantes dudas. De un lado, se debe aplicar el régimen general como subsidiario en caso de que no quede acreditada la concurrencia de los requisitos previstos en el RD (disposición final segunda.1 del RD 178/2003). Por otro lado, también puede ser aplicado el régimen general en caso de que sea más favorable (resurrección del artículo 1.2 de la LOEx 4/2000) y como supletorio bien en virtud del artículo único 3 del RD 864/2001 o de la disposición adicional tercera del RD 178/2003. Este puzzle de normas debería solucionarse con la fórmula más sencilla y técnicamente correcta; para ello se podría proponer la reincorporación del texto extrañamente desaparecido de la Ley Orgánica 4/2000, y de esa forma las normas del régimen general de extranjería sólo serían aplicables en aquellos aspectos que éstas sean más favorables; y en segundo término, cuando no exista norma comunitaria aplicable, supletoriamente se aplicaría el régimen general en tanto en cuanto no sea incompatible con los principios que inspiran la libre circulación de personas en la Unión Europea y principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

6. En definitiva, nos encontramos con algunas deficiencias en las nuevas disposiciones que probablemente serán, en su momento, denunciadas por la Comisión, pues no es la primera vez que España ha incorporado de forma incorrecta la normativa comunitaria en materia de libre circu-

lación de nacionales de la UE, al haber incluido restricciones no existentes en aquélla. Desde luego, para los titulares del derecho –nacionales de los países UE y AEEE– tanto el principio de libre circulación de personas (artículos 18, 39, 43 y 49 del TCE) y la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad (artículo 12 del TCE) no pueden ser restringidos; y para los familiares también se extiende el derecho a la libre circulación por lo que debe ser facilitado. Lo cual significa que el legislador interno aunque tenga competencia aún para regular algunos aspectos del régimen jurídico de los familiares, las normas internas no deben impedir la entrada o la residencia salvo que existan razones de orden público, seguridad y salud pública (artículo 16 del RD 178/2003 y *STJCE de 25 julio de 2002*).

Notas y colaboraciones

Dossier Aspectos sancionadores

PASCUAL AGUELO NAVARRO
Abogado del R. e I. Colegio de Zaragoza
(aguelo@extranjeria.info)

I Introducción: El plan de la lucha contra la delincuencia

SUMARIO

I. Introducción: el plan de la lucha contra la delincuencia.

II. Comentarios que suscitan las medidas previstas. A) Migración y Delincuencia. B) El fortalecimiento de las fronteras.

III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: EL PLAN DE LA LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA

Para poder comprender el alcance de las medidas concretas recogidas en el Proyecto de Ley Orgánica en materia de Seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros parece preciso, en primer lugar, examinar el contenido del Plan de lucha contra la delincuencia que en definitiva es el origen de la reforma. Las medidas más importantes que afectan a la materia de extranjería específica de la inmigración y la extranjería se señalan en el cuadro siguiente:

PLAN DE LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA

**Medidas más importantes que afectan a la materia específica
de la inmigración y extranjería**

MEDIDAS LEGISLATIVAS:

(...)

4º) Diseñar los instrumentos que permitan afrontar el hecho de que la desaparición de las fronteras puede ser aprovechada por una nueva clase de delincuencia internacional.

1.1. Código penal.

Se incluye una nueva regulación de las diferentes conductas que tienen por objeto la explotación de los extranjeros tales como el de tráfico de seres humanos, alcanzando incluso a los denominados “pasadores”, la explotación ilegal de extranjeros sin permiso de trabajo, la venta de los citados permisos, así como una pena agravada cuando tales conductas tengan por objeto la explotación sexual de estas personas.

1.2. Orden europea de detención y entrega.

1.3. Medidas en materia de extranjería.

Las modificaciones en esta materia se dirigen al perfeccionamiento y agilización de los procedimientos judiciales en que se encuentran incurso los extranjeros en España, al establecimiento de medidas de aseguramiento adecuadas y a conseguir una adecuada respuesta del ordenamiento jurídico penal frente a las nuevas formas de delincuencia y a la nueva realidad social.

La reforma se concreta en las siguientes medidas:

- Mejorar la regulación del ingreso de los extranjeros en centro de internamiento cuando sean objeto de expedientes en que pueda proponerse la sanción de expulsión.
- Mejorar la regulación de la autorización judicial para llevar a cabo la expulsión cuando los extranjeros se encuentren procesados o inculcados 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.
- Invertir la regla del Código penal con el fin de que sea obligatoria la expulsión en el caso de condenas inferiores a seis años, salvo supuestos de especial naturaleza del delito.

II. COMENTARIOS QUE SUSCITAN LAS MEDIDAS PREVISTAS

A) Migración y Delincuencia

Desde un punto de vista estrictamente jurídico no es riguroso y resulta preocupante la tendencia observada en el último período a confundir fenómenos tan diferentes como son las migraciones y la delincuencia internacionales, pues el tratamiento de los flujos migratorios no puede hacerse, ni principal, ni aun secundariamente, poniendo el acento exclusivamente en sus aspectos negativos.

El plan de la lucha contra la delincuencia

I

Las migraciones internacionales obedecen a múltiples y complejas causas sociales y no es la delincuencia precisamente un aspecto esencial de las mismas.

Las mafias internacionales tienden a desarrollar su actividad delictual, en el ámbito de la trata de seres humanos, precisamente como consecuencia de un inadecuado tratamiento jurídico del derecho de las personas a desplazarse a través de las fronteras.

Debe ponerse el acento en la protección de las personas en su tránsito transfronterizo tan escasamente regulado frente a la sobrerregulación del tráfico de bienes, servicios y capitales y colocando en primer plano la defensa de los derechos humanos de las personas inmersas en ese movimiento transnacional.

No puede tampoco confundirse el creciente movimiento transnacional de personas con el fenómeno de la inmigración. Este es una parte, importante sin duda de aquel, pero que no abarca la totalidad de ese impresionante y creciente movimiento que surge como consecuencia de la globalización socioeconómica y las nuevas facilidades de comunicación intercontinentales.

El terrorismo o la delincuencia internacional son en la actualidad consecuencia de esa tendencia globalizadora cuyos objetivos nada tienen que ver con los motivos que impulsan a las personas a migrar.

B) El fortalecimiento de las fronteras

La premisa contenida en el apartado 4º) de las medidas legislativas,

“(…) 4º) Diseñar los instrumentos que permitan afrontar el hecho de que la desaparición de las fronteras puede ser aprovechada por una nueva clase de delincuencia internacional.”

no se corresponde a nuestro juicio con la realidad y por consiguiente puede inducir a la adopción de medidas que no ayudan al correcto tratamiento del fenómeno.

Por el contrario, la realidad observable en el mundo occidental actual, y en particular en el contexto europeo, es la de un creciente y riguroso cierre de fronteras, un aumento regulativo de los controles, y un incremento de las restricciones y limitaciones a la movilidad transfronteriza de las personas, desde la perspectiva de las fronteras exteriores de la Unión Europea.

En un documento como el examinado no parece siquiera prudente mezclar cuestiones tan distintas como es el hecho de la creciente aparición de mafias internacionales que centran su actividad en la trata de personas, y el incremento de la pequeña delincuencia que acompaña el también creciente flujo migratorio que contemplamos en la actualidad más reciente.

La mezcla explosiva de fenómenos tan dispares engendra y puede ser germen de posturas, actitudes y medidas muy peligrosas que pueden reforzar tendencias xenófobas y racistas presentes en nuestras sociedades.

III. CONCLUSIONES

3.1 La referencia a las migraciones en el contexto del Plan de lucha contra la delincuencia aparece como un tremendo error que desfigura el contorno y esencia compleja del fenómeno.

3.2 Su tratamiento no ha de ser represivo, sino garante de los derechos de las personas migrantes ya sean en situación legal o irregular.

3.3 Expresiones tales como lucha contra la inmigración ilegal pueden llevar a la confusión del objetivo de las acciones legales que no deben poner el acento en los inmigrantes, víctimas del contexto-sistema socioeconómico, sino en todo caso en las redes que se aprovechan precisamente de la precaria situación de tales personas.

3.4 Hechas las anteriores advertencias y con las prevenciones que de lo manifestado se desprende estamos en disposición de avanzar lo siguiente:

1. No puede confundirse delincuencia con inmigración ilegal.

- La inmigración ilegal o irregular está constituida por una esfera de posibles transgresiones reglamentarias que quedarán en el ámbito del derecho sancionador administrativo no penal.
- De ahí que la confusión de ambas situaciones no sea jurídicamente correcta. El hecho que con frecuencia en las situaciones de delincuencia con elemento extranjero se presenten situaciones de irregularidades residenciales no puede llevar a confundir ambas cosas.
- La situación de irregularidad administrativa como regla general no es buscada por el inmigrante, son la ausencia de mecanismos legales normalizadores los que conllevan a esta situación administrativa.
- Por el contrario la pequeña delincuencia que vemos que en ocasiones –ciertamente creciente– acompaña a situaciones de irregularidad guarda más bien su relación con la explotación y miseria que genera la clandestinización y exclusión consecuencia de la ausencia de papeles.
- La delincuencia, al menos la pequeña delincuencia, es consecuencia de la miseria y situaciones de ausencia de derechos que afecta a toda persona independientemente de la situación nacional.

2. Cualquier medida que se adopte debe garantizar escrupulosamente los derechos de defensa de las personas migrantes ya sean en situación legal o irregular.

- Deben garantizarse las garantías jurídicas esenciales y en particular los derechos de audiencia, presunción de inocencia, proporcionalidad de las medidas y prohibición de la doble pena.
- No puede olvidarse que el Derecho a la tutela judicial efectiva corresponde también a los extranjeros independientemente de su nacionalidad o situación administrativa.

El plan de la lucha contra la delincuencia

I

3. La reforma del Código Penal propuesta en el sentido de convertir en imperativa la regla de la sustitución de las condenas inferiores a seis años, salvo supuestos de especial naturaleza del delito, por la expulsión del territorio nacional, introduce unos criterios nada acordes con el correcto tratamiento del fenómeno migratorio.

- En situaciones de pequeña delincuencia deberá en primer lugar atenderse a la situación de arraigo social, familiar y personal de las personas en nuestro país, para en su caso abordar la función resocializadora que constitucionalmente tienen las penas privativas de libertad en nuestro ordenamiento jurídico.
- No debe olvidarse que nuestra LOEx en su artículo 31,5 *in fine* contempla incluso la posibilidad de renovación de los permisos residenciales aun en supuestos de existencia de antecedentes penales.
- La medida por tanto no puede, sin socavar los derechos de las personas extranjeras, entre los que debe incluirse el derecho a la libertad de circulación y residencia (artículo 19 de la CE), adoptarse de una forma rutinaria o mecánica, sino contemplarse el conjunto de aspectos y elementos fácticos y jurídicos que rodean la vida de las personas.
- El juez deberá adoptar su resolución sustitutoria teniendo en cuenta todos esos elementos. En su decisión deberá primar la salvaguarda de esos derechos constitucionales que mencionábamos, y no en la mera innovación de una supuesta protección de la seguridad a veces inconstitucionalmente opuestos a libertad y derechos.
- De ahí que la propuesta no nos parezca acertada pues parece ordenar al Juez lo que debe hacer no dándole más respuesta jurídica que la sustitución de la condena por la expulsión, medida ésta, por su propia esencia, no olvidemos, de carácter no penal. La expulsión no cumple ninguno de los fines penales, principalmente el resocializador.

4. Debe tenerse un exquisito cuidado en no confundir situaciones de explotación de la inmigración, irregular o no, con situaciones laborales irregulares. En aquellos se produce un ánimo delictivo de lucro basado precisamente en la situación jurídica devaluada del inmigrante; en el segundo se produce una situación contractual desregulada ante la ausencia de canales normalizadores para formalizar una deseada relación contractual laboral.

En el primer caso la respuesta penal puede parecer en ocasiones oportuna, no así en el segundo caso en el que habrán de examinarse la voluntad normalizadora por encima de otras cuestiones como circunstancia fundamental de exclusión de cualquier tipo infractor penal so pena de criminalizar de forma generalizada conductas perfectamente sociales –piénsese en la atención de personas mayores, servicios personales, economía sumergida, etc.–.

5. La vigilancia de las condiciones laborales no puede criminalizarse; las inspecciones de trabajo y Juzgados de lo social son los instrumentos jurídicos más adecuados para el tratamiento de estas situaciones.

Con estas premisas abordamos el *Dossier* que contendrá un primer apartado con el examen del Derecho penal y penitenciario de Extranjería y un segundo con el contenido del Proyecto de Reforma, y algunos comentarios sobre las medidas concretas.

LUIS FERNÁNDEZ ARÉVALO
Fiscal de la Audiencia Provincial de Sevilla
(lluisfdez@wanadoo.es)

II

Extranjería, Derecho Penal y Penitenciario

SUMARIO

I. Introducción. A) Potestad jurisdiccional y funciones de tutela judicial de derechos. B) Extranjería. C) Jurisdicción y órdenes jurisdiccionales. D) Orden jurisdiccional penal y extranjería.

II. Extranjero como sujeto activo de la infracción penal. A) Consideraciones generales criminológicas. Estadísticas españolas. B) Extranjero sujeto activo y principio de territorialidad. C) Extranjero sujeto activo del delito y supuestos de extraterritorialidad de la ley penal. D) Imputado extranjero durante las fases de instrucción sumarial e intermedia del proceso penal. a) Previsión especial de asistencia de intérprete para el extranjero imputado que no comprenda o hable el español. b) Previsión especial del derecho del detenido a que se comuniquen su detención a su oficina consular. c) Prisión preventiva. d) Problema de la retirada de pasaporte o de cédulas de identidad. Las autorizaciones de salida del territorio nacional. e) Autorización de expulsión. *a) Ámbito objetivo de aplicación. b) Tramitación procesal.* E) Acusado extranjero durante fase del juicio oral. F) Expulsión judicial como forma substitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad. a) Expulsión substitutiva de la pena privativa de libertad íntegra. b) Expulsión substitutiva parcial del último cuarto de la condena. c) Disposiciones comunes a una y otra figura de expulsión substitutiva. d) Consideraciones sobre la aplicación de las expulsiones substitutivas. G) Expulsión judicial como medida de seguridad substitutiva. Artículo 108 del Código Penal. H) Ejecución penal y extranjería. a) Libertad condicional de extranjeros. b) Traslados de personas condenadas. I) Derecho Penitenciario y Extranjería. a) Información al tiempo del ingreso. b) Derecho a comunicar el ingreso a las autoridades consulares. c) Colaboración en la resocialización de reclusos extranjeros de instituciones y asociaciones. d) Contactos con el mundo exterior. e) Acceso a la formación y aprendizaje de la lengua española, así como disponibilidad en lo posible de material bibliográfico en su propia lengua. f) Asistencia de intérprete para asegurar el ejercicio del derecho de defensa en el marco del procedimiento disciplinario. g) Activación de mecanismos de repatriación. h) Consideración especial de los permisos de salida a reclusos ordinarios de salida a extranjeros.

III. La protección penal del extranjero: potestad penal y delitos cometidos contra extranjeros. A) Consideraciones generales. B) Derecho penal: parte general. a) Agravante de discriminación por xenofobia. b) Imprescriptibilidad del genocidio. C) Derecho penal: parte especial. a) Empleo de trabajadores extranjeros en condiciones perjudiciales, supresivas o restrictivas de derechos. b) Delito de inmigración clandestina de trabajadores. c) Delitos relativos a formas de discriminación. d) Delitos de asociación ilícita. e) Tráfico ilegal de inmigrantes con fines de explotación sexual. f) Tráfico ilegal de personas: delitos contra los ciudadanos extranjeros. g) Problemas concursales D) El extranjero como víctima y/o testigo en el proceso penal. a) Posibilidad de ejerci-

cio de la acusación particular. Problemática de su acceso a la acción popular. b) Supuesto de residencia en el extranjero del testigo. c) Asistencia de intérprete. d) Práctica de prueba anticipada. Artículo 448 de la LECr. e) Estímulo a la denuncia de delitos contra los ciudadanos extranjeros. Artículo 59 de la LOEx.

I. INTRODUCCIÓN

A) Potestad jurisdiccional y funciones de tutela judicial de derechos

La potestad jurisdiccional se define en el Derecho español como la potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado, atribuyéndose exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes. Así resulta del artículo 117.3 de la Constitución Española de 1978 –en lo sucesivo CE–, que establece que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”, sustancialmente reproducido por el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, reguladora del Poder Judicial –en lo sucesivo LOPJ–. La actividad jurisdiccional así configurada corresponde neta y exclusivamente a Juzgados y Tribunales, sin que pueda ser ejercida en ningún caso por órganos correspondientes a cualesquiera de los otros dos Poderes del Estado. De lo anteriormente expuesto resulta que la ejecución de lo juzgado constituye en el sistema español, por imperativo constitucional, una manifestación de la potestad jurisdiccional, lo que representa una peculiaridad que le diferencia de otros muchos sistemas dentro del derecho comparado, que restringen la noción de jurisdicción a la actividad de enjuiciamiento.

Sin embargo, los órganos jurisdiccionales españoles no limitan su actividad exclusivamente a lo jurisdiccional, sino que además pueden desempeñar otras funciones siempre que les sean especialmente atribuidas por expreso mandato de la ley, en garantía de derechos. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 117.4 de la CE, conforme al cual “los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho” –lo que se reiterará sustancialmente por el artículo 2.2 de la LOPJ–.

De este modo, el modelo constitucional español ha atribuido a los órganos jurisdiccionales dos tipos de funciones: de un lado, las dimanantes de la potestad jurisdiccional, consistentes en juzgar, y en hacer ejecutar lo juzgado, y de otro lado, un segundo orden de funciones que no dimanar de la potestad jurisdiccional, pero que les son especialmente atribuidas por las leyes en garantía de derechos –y que por ello mismo denominaremos en adelante *funciones de tutela judicial de derechos*–.

B) Extranjería

La extranjería a su vez se concibe como la calidad y condición que por las leyes corresponden a los extranjeros residentes en un país, mientras no están naturalizados en él. En un proceso de globalización, y con las fuertes tendencias originadas por los flujos migratorios, constituye una parcela de la realidad de creciente importancia, pudiendo llegar a hablarse de un derecho de extranjería, entendido como el sistema o conjunto de normas reguladoras de la condición, los actos y los intereses de los extranjeros en un país.

C) Jurisdicción y órdenes jurisdiccionales

Aunque la jurisdicción es única –y así se proclama en el artículo 117.5 de la CE, conforme al cual “el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”– los juzgados y tribunales deben ejercer su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por la ley. Así lo precisa el artículo 117.3 *in fine*, cuando señala que la potestad jurisdiccional se ejercerá exclusivamente por los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, “según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”, lo que se corrobora en el plano de la legalidad ordinaria por el artículo 9.1 de la LOPJ, conforme al cual “los juzgados y tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley”.

A este respecto aunque la jurisdicción sea única, la ley española –apartados 2 a 5 del artículo 9 de la LOPJ– ha agrupado a los órganos jurisdiccionales en cinco denominados órdenes jurisdiccionales, a saber: civil, penal, contencioso administrativo, social y militar. Al orden jurisdiccional penal corresponde el ejercicio de la potestad penal, esto es, juzgar las causas y juicios criminales, excepto los que correspondan a la jurisdicción militar, y la ejecución de sus pronunciamientos. Con olvido de este aspecto de ejecución –lo que se corrige previamente en el artículo 2.1–, así lo corrobora el artículo 9.3 de la LOPJ, conforme al cual “los del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar”.

La extranjería tanto como fenómeno social cuanto como posible rama del derecho puede ser abordada en todos y cada uno de aquellos órdenes jurisdiccionales, inclusive el penal.

D) Orden jurisdiccional penal y extranjería

Los Juzgados y Tribunales encuadrados en el orden jurisdiccional penal, en relación con la extranjería, tienen encomendado el enjuiciamiento de las infracciones penales que puedan protagonizar los ciudadanos extranjeros, y de aquellas otras en las que las víctimas sean ciudadanos extranjeros; pero ejercerán además las funciones de tutela de derechos de los ciudadanos extranjeros que expresamente les vengan encomendadas por las leyes.

La extranjería va a configurar así una parcela, dentro del conjunto del sistema general del derecho penal sustantivo y del derecho penal procesal, y en éste dentro de los sistemas de enjuiciamiento y de ejecución penal, y de tutela judicial de derechos, que va a constituir precisamente el objeto de esta unidad didáctica. Y esas especialidades vendrán determinadas por la posibilidad de que tenga la condición de extranjero la persona responsable de la infracción criminal –sujeto activo–, o la víctima –sujeto pasivo–, lo que lleva aparejado el examen separado de una y otra situación; y finalmente, las especiales funciones de tutela judicial de derechos respecto de los extranjeros atribuidas a los órganos jurisdiccionales en el orden penal.

II. EXTRANJERO COMO SUJETO ACTIVO DE LA INFRACCIÓN PENAL

A) Consideraciones generales criminológicas. Estadísticas españolas

La Criminología ha abordado la problemática de la criminalidad protagonizada por los ciudadanos extranjeros, señalándose¹ que el forastero ha sido asimilado probablemente desde siempre al malhechor, creciendo la atención y el rechazo según que resulte llamativo por su lengua, conducta y vestimenta; pero además, cuando los extranjeros aparecen en gran número, suelen generar sentimientos de inseguridad y de sensación de peligro, lo que se potencia aún más en épocas de crisis económica y de incremento de las tasas de desempleo. Los estudios estadísticos efectuados permiten confirmar criminológicamente que en los períodos de crisis económica se incrementan las tasas de la criminalidad extranjera en general, pero disminuye la proporción de trabajadores extranjeros delincuentes, aumentando sin embargo las tasas en el segmento de los extranjeros en situación de estancia irregular, desempleados e integrantes de la segunda generación (o descendientes de trabajadores inmigrantes)².

En el caso de España, el fenómeno de la inmigración es relativamente reciente, y aunque las tasas de la criminalidad extranjera sin duda han aumentado, generando el consiguiente debate mediático e incluso político, no existen estudios estadísticos que permitan discernir entre la criminalidad de extranjeros trabajadores, de inmigrantes ilegales, de inmigrantes en situación de estancia o residencia legal desempleados; en cuanto al problema representado por la criminalidad de la segunda generación, ni tan siquiera se ha suscitado, aunque este segmento está pronto a aflorar en la realidad social en años inmediatos.

(1) Gunter KAISER: *Introducción a la Criminología*, 7ª edición, Dykinson, Madrid, 1988, pp. 289 y siguientes. Son especialmente elocuentes las tablas estadísticas de evolución de la criminalidad extranjera en la República Federal de Alemania en el período comprendido entre 1955 y 1983, que avalan las conclusiones que reseñamos, y que se corroboran según dicho autor por los resultados de los estudios de los registros estadísticos criminales en los casos de Norteamérica, Gran Bretaña, Israel y Suecia.

(2) Son especialmente elocuentes las tablas estadísticas de evolución de la criminalidad extranjera en la República Federal de Alemania en el período comprendido entre 1955 y 1983, ofrecidas por KAISER (véase nota anterior) que avalan las conclusiones que reseñamos, y que se corroboran según dicho autor por los resultados de los estudios de los registros estadísticos criminales en los casos de Norteamérica, Gran Bretaña, Israel y Suecia.

Extranjería. Derecho Penal y Penitenciario

II

Seguidamente procedemos a reseñar un cuadro de la población reclusa extranjera en España, inclusive Cataluña³, referida a 31 de diciembre, con una comparativa con el total de la población reclusa general, consignando su porcentaje correspondiente, conforme a datos estadísticos de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, actualmente dependiente del Ministerio de Interior –con inclusión de Cataluña.

AÑO	P. RECLUSA TOTAL	P. RECLUSA EXTRANJERA	PORCENTAJE
1966	10.765	365	3,39
1972	13.109	932	7,11
1978	10.473	1.379	13,18
1982	21.942	2.324	10,59
1990	28.358	4.739	16,71
1999	44.197	7.900	17,87
2000	45.104	8.990	19,93
2001	47.571	11.095	23,32

B) Extranjero sujeto activo y principio de territorialidad

Sabido es que conforme al principio de territorialidad –principio *locus regit actum*–, cada Estado es competente para castigar, conforme a sus propias leyes, los hechos delictivos perpetrados en el territorio de su soberanía. Este principio, consecuencia de la soberanía territorial de los Estados, y que se abona además por razones de prevención general y procesales de inmediación de las pruebas, se recoge en el sistema español en el artículo 8.1 del Código Civil –en lo sucesivo CC–, conforme al cual “las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio nacional”.

Este principio se confirma por el artículo 23.1 de la LOPJ, conforme al cual “en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques y aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales de los que España sea parte”.

(3) La Generalitat de Cataluña ostenta la competencia ejecutiva en materia de instituciones penitenciarias en virtud de transferencia realizada por el Estado en virtud de Real Decreto 1482/1983, de 28 de diciembre, pero viene obligada a facilitar información a la DGIP de todos los ingresos, traslados, salidas, y de cualesquiera otros datos que afecten a la situación penitenciaria de los reclusos de los Centros Penitenciarios que gestione dentro de su ámbito territorial, ex artículo 2 del RD 1436/1984, de 20 de junio.

Por territorio debe entenderse en primer lugar, toda la extensión terrestre y aguas interiores comprendidas dentro de las fronteras del Estado, la zona de mar territorial (que según la ley de 4 de enero de 1977 abarca doce millas acuáticas computadas a partir de la línea de base), y el espacio aéreo que se eleva sobre el espacio terrestre y marítimo territorial (según la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960). Las naves de guerra en todo caso, y las mercantes en alta mar, tienen la consideración de islas pertenecientes al Estado de su pabellón, y en idénticos términos las aeronaves, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales⁴. Embajadas y Consulados forman parte del territorio del Estado donde se asientan, sin perjuicio de la inviolabilidad de dichos edificios, garantizada por la Convención de Viena de 18 de junio de 1961.

Como consecuencia de este principio, los extranjeros son responsables ante la jurisdicción española y conforme a la ley penal española de los delitos perpetrados en territorio español.

C) Extranjero sujeto activo del delito y supuestos de extraterritorialidad de la ley penal

La ley penal puede ser aplicada a infracciones cometidas en el extranjero en ciertos casos. Estos supuestos se acogen a tres principios: el de personalidad, el de protección, real o de defensa, y el de justicia universal.

Conforme al *principio de personalidad* se contempla la posible aplicación de la ley penal española a los delitos cometidos en el extranjero por ciudadanos españoles, bajo determinadas condiciones, la principal de las cuales es la vigencia del principio de doble incriminación –esto es, definición de la conducta como delito tanto en España como en el lugar de su perpetración. Aunque aparentemente están excluidos los extranjeros, el artículo 23.2 de la LOPJ extiende dicha aplicación no solo a los españoles, sino también a los extranjeros naturalizados con posterioridad a la comisión del delito. El citado artículo 23.2 de la LOPJ establece, efectivamente que:

“... asimismo conocerá de los hechos previstos en las Leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

- a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.
- b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles.
- c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.”

Conforme al *principio de protección, real o de defensa*, será aplicable la ley penal española, y conocerá la jurisdicción penal española, respecto de determinados delitos que lesionen los inte-

(4) Así, los Convenios internacionales de Tokio –de 14 de septiembre de 1963–, de La Haya –de 16 de diciembre de 1970– y de Montreal –de 27 de septiembre de 1971–, todos ellos ratificados por España, definen el principio de pabellón para atribuir la jurisdicción respecto de secuestros y otros actos ilícitos cometidos a bordo de aeronaves.

reses del Estado español, perpetrados en el extranjero, con independencia de que su autor sea ciudadano español o extranjero su autor. Este principio se recoge en el artículo 23.3 de la LOPJ, conforme al cual:

“... conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
- b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- c) Rebelión y sedición.
- d) Falsificación de la Firma o Estampilla reales, del Sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los Sellos públicos u oficiales.
- e) Falsificación de Moneda española y su expedición.
- f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
- g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
- h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.
- i) Los relativos al control de cambios.”

Será de aplicación en estos casos “lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este artículo”, conforme a lo establecido en el artículo 23.5 de la LOPJ.

Conforme al *principio de jurisdicción universal*, la ley penal española es aplicable, y la jurisdicción penal española será competente para enjuiciar determinados delitos en cuanto que lesionan el interés de toda la comunidad internacional, como atentatorios contra la humanidad, con independencia de que se cometan fuera del territorio nacional, y sean cometidos por españoles o extranjeros. Dicho principio se recoge en el artículo 23.4 de la LOPJ, conforme al cual:

“... igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Falsificación de moneda extranjera.
- e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
- f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.”

Agrega el apartado 5 del artículo 23 de la LOPJ “que en los supuestos de los apartados 3 y 4 será de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de este artículo”.

En conclusión, los extranjeros están sometidos a la ley penal española dentro del territorio español, siendo enjuiciables los delitos perpetrados en dicho territorio por la jurisdicción española, con las particularidades que establezcan los tratados internacionales; igualmente ello se hace extensible a los delitos cometidos en el extranjero por ciudadanos extranjeros que con posterioridad adquieran la nacionalidad española, conforme al principio de personalidad, en los términos previstos por el artículo 23.2 de la LOPJ; serán responsables también los ciudadanos extranjeros de los delitos comprendidos en el artículo 23.3 de la LOPJ, cometidos en el extranjero, conforme al principio de protección; y de los delitos perpetrados en el extranjero previstos en el artículo 23.4 de la LOPJ, conforme al principio de jurisdicción universal.

D) Imputado extranjero durante las fases de instrucción sumarial e intermedia del proceso penal

La condición procesal de la persona sobre la que confluyen indicios de responsabilidad criminal en el proceso penal español recibe las denominaciones generales de imputado, reo o inculcado, frente a otras denominaciones alusivas a situaciones más específicas⁵. La normativa procesal española vigente va a dedicar al extranjero imputado disposiciones especiales tendentes a dos objetivos básicos: en primer lugar, garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa; y en segundo lugar, fomentar –o al menos no obstaculizar– la eventual aplicación de medidas reparativas adoptadas por la Autoridad gubernativa en el concreto ejercicio de sus competencias en materia de extranjería respecto de los imputados extranjeros en el proceso penal. Junto a estas normas especiales, la aplicación práctica de las normas reguladoras de las medidas cautelares va a determinar –en la práctica– una aplicación más severa de tales medidas respecto de imputados extranjeros que respecto de los nacionales, en atención a la concurrencia en aquéllos de determinadas variables condicionantes de un mayor riesgo de fuga.

Procederemos a examinar cada una de las reglas especiales reconocidas en nuestro sistema procesal penal para los imputados extranjeros.

a) Previsión especial de asistencia de intérprete para el extranjero imputado que no comprenda o hable el español

La exigencia de asistencia de intérprete al imputado es imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa; aunque como tal no está expresamente contemplado en la CE, sí aparece en los artículos 11 y 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948, en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, artículo 6.3.c), y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, artículo 14.3.f). Por esta razón

(5) Así, denunciado, respecto de la persona que ha sido objeto de una denuncia; querrellado, la persona objeto de una querrela; detenido, la que ha sido objeto de detención; preso, la que ha sido sujeta a la medida de prisión preventiva; procesado, la que ha sido objeto de procesamiento; acusado, la que ha sido objeto de un escrito de acusación en fase de conclusiones provisionales; han perdido carta de naturaleza los términos inculcado y encartado, denominaciones generales quizá prácticamente sinónimas de la figura del imputado, si bien en un sentido estricto es imputada la persona que ha sido objeto de imputación judicial.

la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha declarado que aparece integrado en el derecho de defensa del artículo 24.2 de la Constitución Española, ya que si no se entienden los cargos, no pueden formularse alegatos de descargo, ni proponer medios de prueba. Es razonable –dice la STC de 20 de junio de 1994– que el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete haya de ser incluido sin violencia conceptual alguna en el perímetro del derecho fundamental a la defensa, aun cuando la norma constitucional no lo invoque por su nombre.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –en lo sucesivo LECr–, “si el procesado no supiere el idioma español o fuere sordomudo, se observará lo dispuesto en los artículos 440, 441 y 442”, que previenen el nombramiento de intérprete. A este respecto el artículo 440 LECr señala que “si el testigo no entendiere o no hablare el idioma español, se nombrará un intérprete, que prestará a su presencia juramento de conducirse bien y fielmente en el desempeño de su cargo. Por este medio se harán al testigo las preguntas y se recibirán sus contestaciones, que éste podrá dictar por su conducto. En este caso, la declaración deberá consignarse en el proceso en el idioma empleado por el testigo y traducido a continuación al español”. A su vez, el artículo 441 LECr señala que “el intérprete será elegido entre los que tengan títulos de tales, si los hubiere en el pueblo. En su defecto, será nombrado un maestro del correspondiente idioma, y si tampoco lo hubiere, cualquier persona que lo sepa. Si ni aun de esta manera pudiera obtenerse la traducción, y las revelaciones que se esperasen del testigo fueren importantes, se redactará el pliego de preguntas que hayan de dirigirse y se remitirá a la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Estado, para que, con preferencia a todo otro trabajo, sean traducidas al idioma que hable el testigo. El interrogatorio ya traducido se entregará al testigo para que, a presencia del Juez, se entere de su contenido y redacte por escrito en su idioma las oportunas contestaciones, las cuales se remitirán del mismo modo que las preguntas a la Interpretación de Lenguas. Estas diligencias las practicarán los Jueces con la mayor actividad”.

Sobre el alcance del artículo 398 de la LECr debe tenerse en cuenta que para que se produzca una indefensión derivada de un defecto a la tutela judicial con relevancia constitucional y consecuente vicio del proceso no es bastante con que aparezca en la causa una infracción de mera forma, sino que es preciso que alcance realmente a causar una efectiva indefensión material porque impida al interesado hacer alegaciones y defenderse o ejercitar su derecho de contradicción en un proceso. No es el nombramiento o no de intérprete para un acusado extranjero la cuestión que pueda suscitar y dar la medida de la indefensión, sino el de conocimiento real por el interesado de la lengua en que el proceso se siga de tal modo que está imposibilitado de conocer de lo que se le acusa, de comprender lo que se diga, y de expresarse él mismo en forma que pueda ser comprendido. Así, la STC 181/1994 –siguiendo ya una línea anticipada por la STS de 22 de diciembre de 1989 (RA 1989\9751)– señaló que la mera condición de extranjero no conlleva la necesidad de intérprete si el acusado comprende y maneja con fluidez y soltura más que suficiente nuestro idioma, y en este mismo sentido, la STS 867/2000, de 23 de mayo⁶ –RA 2000\5209– y la SAP Las

(6) En el caso de esta STS 867/2000, se trata de una persona de nacionalidad japonesa que al llegar al Aeropuerto de Barajas en vuelo procedente de Panamá fue detenida, tras encontrarse en su maleta 1.957 gramos de cocaína con riqueza del 74,3% y en el maletín 990,4 gramos de igual sustancia con riqueza del 66,4%, con un valor total no inferior a los 29.000.000 (veintinueve millones) de pesetas. El detenido tiene residencia en Japón y en Colombia y según afirma está casado con una colombiana, es persona de cultura aceptable, habla algo el idioma español, conoce Colombia y está acostumbrado a viajar.

Palmas 36/1998, de 4 de junio –ARP 1998\1772–, que considera inexistente la vulneración del precepto procesal analizado en el caso en que, sin producirse asistencia de intérprete a un imputado extranjero, ni el recurrente ni su abogado, presente en las declaraciones ante la policía, solicitaron la intervención de intérprete, ratificándose el imputado posteriormente en sus declaraciones ante el Juzgado de Instrucción.

Estas reglas son aplicables también al procedimiento abreviado, con la excepción de la exigencia de asistencia de intérprete con titulación oficial, según el artículo 762.8 de la LECr, redacción introducida por LO 38/2002, de 24 de octubre, conforme al cual “cuando los imputados o testigos no hablen o no entendieren el idioma español, se procederá de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398, 440 y 441 de esta Ley, sin que sea preciso que el intérprete designado tenga título oficial”, que reproduce el texto del antiguo artículo 785.1, regla primera, correspondiente a la derogada redacción introducida por LO 7/1988, de 28 de diciembre.

La previsión de asistencia de intérprete se reitera especialmente para la persona de los detenidos extranjeros en el artículo 520.2.e) de la LECr, conforme al cual “toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes: e) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano”, supuesto en el que rigen las consideraciones anteriormente expuestas, y particularmente analizado en la STS 867/2000, precitada.

b) Previsión especial del derecho del detenido a que se comunique su detención a su oficina consular

Si el sujeto activo de la infracción penal es extranjero y hubiera sido detenido, tiene derecho a que se comunique el hecho de su detención y del lugar en que se encuentre en cada momento a las autoridades consulares. Y así, conforme al artículo 520.2 de la LECr, “toda persona detenida o

La STS destaca los siguientes datos: primero, que al ser detenido fue informado de sus derechos suscribiendo la hoja informativa redactada al efecto en idioma español, que entendió perfectamente puesto que ejercitó varios de esos derechos exigiendo la presencia de intérprete, expresando su deseo de no declarar, e interesando la presencia de Letrado de oficio, amén de renunciar al aviso de familiares y al examen médico. Consta que con la llegada del Letrado del turno de oficio se procedió a una nueva lectura de sus derechos, sin que por parte de la Letrada interviniente se hiciera objeción alguna, manifestando el detenido que deseaba declarar ante el Juez y no en el Servicio de Aduanas, asistido por intérprete japonés. Ya ante el Juez de Instrucción, inicia por primera vez una declaración con asistencia letrada de contenido exculpativo, que en determinado momento coincidente con una pregunta comprometida el interesado interrumpe para pedir un intérprete, acordándose en ese momento por el Juez de Instrucción la suspensión de la declaración, que hasta entonces se había desarrollado sin ningún problema de comprensión. En tales condiciones, que son las que el examen de las actuaciones revelan como realmente sucedidas, no existió irregularidad alguna, ni indefensión del acusado. Su efectivo ejercicio de los derechos que como detenido tenía denota que comprendió perfectamente la información de su contenido y alcance, y sus declaraciones tanto sumariales como en el Juicio Oral se hicieron con la intervención de un intérprete, con la única salvedad de la primera declaración sumarial que fue interrumpida, y cuyo contenido, claramente autoexculpativo en las breves y limitadas frases de que se compone, fue en todo caso ratificado luego por el interesado mostrando su total conformidad cuando más tarde prestó su declaración sumarial asistido de intérprete.

presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes: d) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país”. Conviene significar que la comunicación a la Oficina Consular es un derecho ejercitable por el detenido extranjero, y no una medida que automáticamente deba realizar por propia iniciativa la Autoridad o agente de la misma a cuya disposición se encuentre dicho detenido. Se exceptúa el supuesto de tratarse de un menor extranjero detenido, en cuyo supuesto, conforme al artículo 17.1 *in fine* de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores –en lo sucesivo LORPM– “el hecho de la detención se notificará a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales”.

c) Prisión preventiva

Aunque no existen reglas especiales sobre la prisión provisional de extranjeros, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –véanse por todas las SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, y 23/1986, de 14 de febrero, y 128/1995, de 26 de julio– viene implícitamente a avalar la extranjería como variable justificativa de la prisión preventiva en atención a los riesgos de fuga vinculados a las circunstancias complementarias de falta de arraigo social, familiar ni institucional en España, o a la existencia de contactos con terceros países. En esta misma línea vienen a pronunciarse numerosas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en lo sucesivo SSTDH–, tales como las de 27 de junio de 1968, caso *Neumeister*; de 10 de noviembre de 1969, caso *Matznetter*; de 10 de noviembre de 1969, caso *Stogmuller*; de 26 de junio de 1991, caso *Letellier*; de 27 de agosto de 1992, caso *Tomasi*; de 26 de enero de 1993, caso *W. contra Suiza*. En puridad, así pues, la extranjería sin arraigo social, familiar ni profesional en España, opera como variable justificativa de la prisión preventiva.

Pero además, la jurisprudencia constitucional española ha llegado a realizar un pronunciamiento explícito justificativo de la prisión provisional de ciudadanos extranjeros vinculados a una estructura de crimen organizado para conjurar ese riesgo de fuga en la STC 44/1997, de 10 de marzo, que señala textualmente que “así, cuando el Juez adoptó la decisión, no había pasado aún un mes desde el inicio de la instrucción y el único dato descolante era el de la indiciaria comisión de un delito calificable inicialmente como grave por parte de ciudadanos extranjeros que no cabe descartar que formen parte de una organización. Que en esta tesitura el Juzgado optara por la prisión y no por la libertad, y sustentara su opción en la conjuración de un riesgo de fuga sostenido sólo por la gravedad de la imputación y de la pena amenazante, no puede calificarse en este caso concreto como una decisión ilógica o injustificada y excesivamente preservadora del proceso en detrimento de la libertad”.

d) Problema de la retirada de pasaporte o de cédulas de identidad. Las autorizaciones de salida del territorio nacional

Prevista la retirada de pasaporte o cédula de identidad como medida cautelar por Resoluciones nº (65) 11 del Comité de Ministros de 9 de abril de 1965, y (80) 11 del Comité de Ministros, de 27 de junio de 1980, y explícitamente en el procedimiento sancionador administrativo de expulsión vigente—cfr. artículos 61.1.c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (en lo sucesivo LOEx), y 117.2 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de 2000, aprobada por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio de 2001 (en lo sucesivo RLOEx)—, sin embargo no se ha recogido por la LECr la previsión de su adopción como medida cautelar para el proceso penal.

Sí se ha contemplado por la LECr. la posibilidad de la figura de autorización judicial para ausentarse del territorio nacional. Así, el artículo 765.2 de la LECr vigente, tras la redacción introducida por Ley 38/2002, de 24 de octubre—que reproduce sustancialmente la regla 8ª.h) del artículo 785 de la LECr en su redacción introducida por LO 7/1988, de 28 de diciembre, la previó en los procedimientos por delitos derivados del uso y circulación de vehículos de motor, al disponer que “en los procesos relativos a hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor el Juez o Tribunal podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, a los imputados que no estén en situación de prisión preventiva y que tuvieran su domicilio o residencia habitual en el extranjero, para ausentarse del territorio español. Para ello será indispensable que dejen suficientemente garantizadas las responsabilidades pecuniarias de todo orden derivadas del hecho punible, designen persona con domicilio fijo en España que reciba las notificaciones, citaciones y emplazamientos que hubiere que hacerles, con la prevención contenida en el artículo 775 en cuanto a la posibilidad de celebrar el juicio en su ausencia, y que presten caución no personal, cuando no esté ya acordada fianza de la misma clase, para garantizar la libertad provisional y su presentación en la fecha o plazo que se les señale. Igual atribución y con las mismas condiciones corresponderá al Juez o Tribunal que haya de conocer de la causa. Si el imputado no compareciese, se adjudicará al Estado el importe de la caución y se le declarará en rebeldía, observándose lo dispuesto en el artículo 843, salvo que se cumplan los requisitos legales para celebrar el juicio en su ausencia”.

La autorización de salida sin embargo no se limita a los procedimientos derivados del uso y circulación de vehículos de motor, sino que se ha extendido y generalizado por la LOEx a todos los procedimientos penales por delitos castigados con penas inferiores a seis años. Así resulta del inciso primero del párrafo primero del artículo 57.7 de la LOEx, conforme al cual “cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida del territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

¿Quiere ello decir que si se prevé la autorización de salida, implícitamente está reconociéndose la facultad de prohibición de salida del territorio nacional, y eventual aplicación de la medida de retirada del pasaporte? En contra, un sector de la doctrina (MORENO CATENA) duda de la constitucionalidad de la aplicación de una medida cautelar que se adopta sin norma legal habilitante, pese a afectar a derechos fundamentales como el de la libertad –artículo 17 de la CE– o el de la libre circulación de personas –artículos 13 y 19 de la CE–, tesis negativa que posteriormente se ha visto avalada por la STC 169/2001, de 16 de julio.

e) Autorización de expulsión

Artículo 57.7 de la LOEx.– Conforme al artículo 57.7 de la LOEx, “cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida del territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si ésta resultara procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores del presente artículo, previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador. No serán de aplicación las previsiones contenidas en el párrafo anterior cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 del Código Penal. En el supuesto de que se trate de extranjeros no residentes legalmente en España y que fueren condenados por sentencia firme, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal”.

Asistimos a una norma inspirada en la consideración de utilidad social e interés preferente que entraña el que la comisión de delitos menores no constituya un burladero que permita eludir la aplicación de las medidas repatriativas contempladas por la normativa administrativa en materia de extranjería. Pero a la par, como esta norma lleva aparejada una renuncia al ejercicio de la potestad penal del Estado –justificada por la inocuización del reo mediante su repatriación–, ello determina la necesidad de una expresa resolución judicial, con la previa audiencia del Ministerio Fiscal, promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. Obsérvese que el Juez no acuerda la expulsión, sino que autoriza a la Autoridad gubernativa para que materialice su eventual decisión de expulsión, previa sustanciación del oportuno procedimiento.

Dada su importancia y trascendencia, procederemos al examen de sus presupuestos materiales y formales.

a') *Ámbito objetivo de aplicación*

Se delimita por dos reglas:

1ª) Que el procedimiento se siga por delitos castigados por la ley con penas privativas de libertad inferiores a seis años. Esta regla sustituye la terminología empleada por el artículo 21.2 de la LO 7/1985, de 1 de julio, que hablaba de “procedimientos por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con penas igual o inferior a prisión

menor”. Conforme a criterios hermenéuticos jurisprudenciales aplicados a competencia y procedimiento, las penas aludidas han de entenderse las previstas en abstracto por las leyes, y no las que pudieran solicitarse conforme a las reglas de dosimetría penal aplicables al caso concreto. En consecuencia, resultan excluidos de la aplicación los procedimientos seguidos contra extranjeros por delitos castigados por la ley con penas privativas de libertad a partir de 6 años.

Se ha suscitado el problema de si es aplicable en la actualidad la autorización a procedimientos por delitos castigados con penas no privativas de libertad. Pese a la falta de cobertura de dicha autorización, conforme a una interpretación literal, cabe aceptar la posibilidad de autorización judicial de la expulsión, conforme a una interpretación histórica –artículo 21.2 de la LO 7/1985– y finalista (pues lo contrario conduciría, contra toda lógica, a autorizar la renuncia al ejercicio del *ius puniendi* en relación con delitos castigados con pena privativa de libertad y a prohibirla en relación con delitos de menor contenido de injusto y menos precisados de respuesta penal, como explícitamente ha significado la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001, de 21 de diciembre –en lo sucesivo, CFGE–, que sin embargo no se ha cuestionado la problemática representada por los juicios de faltas, a los que pueden considerarse aplicables estas mismas consideraciones teleológicas).

2ª.–Que no se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 del Código Penal. Resulta claro que se ha considerado que en estos casos la potestad penal debe agotar hasta sus últimas consecuencias sus efectos retributivos y aflictivos, así como de prevención general, en función del carácter especialmente odioso de estos delitos, que toman como víctimas referenciales precisamente a ciudadanos extranjeros; pero para que no haya dudas al respecto, el artículo 57.8 de la LOEx agrega que “cuando los extranjeros, residentes o no hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.5, 516 y 517 del CP, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad”. Por ello cabe preguntarse, prevista la exclusión de la medida de autorización de la expulsión respecto de los imputados por delitos de tráfico ilegal de personas y de tráfico de inmigrantes con fines de explotación laboral, por su carácter especialmente odioso, si no es incongruente la inadvertencia de no haber incluido en este catálogo de exclusiones a los delitos relativos al favorecimiento del tráfico de personas con fines de explotación sexual castigado en el artículo 188.2 del CP, redacción introducida por LO 11/1999, de 30 de abril, delito que debe reputarse igualmente abominable –como mínimo–.

b') Tramitación procesal

1º Preceptividad de la audiencia del reo como imputado.– Señala el artículo 57.7 de la LOEx que la autorización requiere que “el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento”, expresión similar a la empleada por el artículo 21.2 de la LO 7/1985, que aludía a extranjero encartado en procedimiento. Se requiere en consecuencia que el extranjero haya sido objeto de imputación judicial, como explícitamente ha reconocido en la STC 24/2000, de 31 de enero, cuyo fundamento jurídico quinto paladinamente señaló que “la LO 7/1985 condiciona la viabilidad de la solicitud de expulsión en los supuestos de «encartamiento» por delitos menos graves, una vez que el extranjero haya adquirido la condición de imputado, nada impide que pueda resolverse sobre la petición de expulsión en las mismas diligencias previas. En consecuencia, cuando

un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves y esté, además, incurso en alguno de los supuestos de expulsión previstos en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, una vez que el extranjero sea oído en declaración como imputado, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, el Juez de Instrucción puede autorizar la expulsión del extranjero”, consideraciones de plena vigencia y proyección respecto del texto legal actualmente vigente.

En consecuencia se requiere la audiencia como imputado del reo, sin la cual la decisión resultará improcedente. Pero ello no debe entenderse (en el estado actual de la jurisprudencia) como la preceptiva audiencia del reo sobre la procedencia o no de la aplicación de esta medida, que en cambio sí se exige para acordar las expulsiones judiciales previstas en el artículo 89 del CP.

2º Audiencia del Ministerio Fiscal.—La autorización de expulsión, de concederse, entraña la renuncia del ejercicio de la potestad penal del Estado, y la eventualmente consecuente crisis del proceso penal, lo que conforme a la naturaleza de las cosas determina la necesidad de una expresa resolución judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal, como promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

3º Órgano judicial competente.—Será competente para adoptar la resolución que proceda la autoridad judicial que ostente la competencia sobre el procedimiento atendida la fase en que éste se encuentre, generalmente Juez de Instrucción en la fase de instrucción sumarial y fase intermedia, y Juez de lo Penal o Audiencia Provincial, tras la apertura del juicio oral.

Puede suscitar cuestión el momento o término final de este incidente para adoptar la resolución autorizante, pudiendo plantearse dos hipótesis: el momento de dictarse la sentencia, y el momento de adquirir firmeza la sentencia; a favor de esta segunda hipótesis, el hecho de que durante la tramitación de eventuales recursos el procedimiento continúa, y por ende las razones que justifican la adopción de la medida, cesando tan solo la posibilidad de su eventual aplicación una vez adquiere firmeza la sentencia condenatoria, momento en que entrará en juego la posible aplicación de una institución diferente, cual es la sustitución de la pena por la expulsión, en los términos del artículo 89 del CP.

4º Resolución en forma de auto motivado.— El proceder del Juez penal para decidir la autorización o no de la expulsión consistirá en verificar los extremos siguientes: a) que el extranjero se encuentra efectivamente imputado, y que lo está por procedimiento por delito cuya pena permita este trámite, con las salvedades anteriormente indicadas sobre su posibilidad en juicio de faltas; b) que lo está por delito no excluido de la aplicación de esta medida; c) que *prima facie* concurren los presupuestos materiales de la medida administrativa cuya autorización se le requiere (sin perjuicio de que el control definitivo corresponda en última instancia a la jurisdicción contencioso-administrativa); d) ponderación general de las circunstancias del caso, para alcanzar la convicción de que la expulsión resulta preferible a la continuación del procedimiento penal. La necesidad de valorar todas estas circunstancias, y el hecho de que la decisión puede llevar aparejada una crisis del proceso penal, poniendo término al mismo por la renuncia al ejercicio de la potestad penal, determina que conforme a lo dispuesto en los artículos 245.1.b) de la LOPJ y 141 de la LECr la resolución deberá adoptar forma de auto.

Respecto del control que el Juez penal debe realizar de la legalidad *prima facie* de los presupuestos materiales de la medida requerida, su necesidad se resalta especialmente en el fundamento jurídico cuarto de la STC 24/2000, de 31 de diciembre, cuando señala que “el papel del Juez penal en este caso es, pues, en cierto modo, análogo al del Juez que conoce en sede de *habeas corpus* de la situación del extranjero que va a ser expulsado. La doctrina de este Tribunal ha señalado que, en estos casos, el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos, pero el Juez penal debe velar *prima facie* por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención”.

A este respecto, deberá proceder al examen de que concurren los presupuestos materiales de las causas de expulsión previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 57 de la LOEx; y que no concurren ninguno de los presupuestos personales excluyentes contemplados en los apartados 5 y 6 del mismo precepto legal.

Suscita problemas la cuestión de si este control de legalidad requiere o no la preexistencia de una resolución gubernativa de expulsión. En la LO 7/1985 la respuesta era claramente negativa, toda vez que el artículo 21.2 supeditaba la autorización de expulsión a que el extranjero encartado en el procedimiento “estuviera incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1”, precepto éste que definía las causas de expulsión; y el artículo 26.3 a su vez aludía a la posibilidad de dicha autorización siempre que el extranjero estuviere incurso en procedimiento gubernativo de expulsión, “fuere en fase de instrucción, o de ejecución”. De hecho la propia STC 24/2000 repetidamente aludía a procedimientos gubernativos de expulsión en trámite⁷.

Sin embargo la redacción actual del vigente artículo 57.7 de la LOEx resulta equívoca, pues posibilita la autorización judicial de la expulsión “si ésta resultara procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores del presente artículo, *previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador*”. La sustanciación del correspondiente procedimiento sancionador es previa pero, ¿debe preceder a la propia resolución judicial, o es una redundante insistencia a que la expulsión debe ser acordada por la Autoridad gubernativa, que no es relevada del procedimiento sancionador por esa previa resolución judicial? La dicción resulta inadecuada porque parece que en la expulsión del artículo 57.2 de la LOEx no puede hablarse de sanción administrativa, pues no existe una previa infracción administrativa catalogada como falta⁸. Aunque en principio ambas interpretaciones resultarían factibles conforme a la equívoca dicción gramatical del precepto legal examinado, y pese a que razones de interpretación histórica y de

(7) Resulta especialmente explícita la siguiente aseveración de la STC aludida: “no nos hallamos todavía ante una orden de expulsión, sino ante una resolución judicial que resulta necesaria para que la Administración pueda llevar a efecto la expulsión de un extranjero «encartado», de conformidad con el primer párrafo del artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, *de modo que si la Administración decreta finalmente la expulsión*, ésta surta efectos inmediatos, al no resultar necesario esperar a la celebración del juicio penal”.

(8) Véase el artículo 57.2 de la LOEx y compárese con el catálogo de infracciones de los artículos 53 a 55 de la LOEx. No estamos en este caso ante una expulsión/sanción, sino ante una expulsión/consecuencia accesoria del delito, cuya particularidad reside en que dicha consecuencia no se fija por la Autoridad Judicial en sentencia, sino por la Autoridad gubernativa en virtud de Decreto, previa tramitación del oportuno procedimiento administrativo.

operatividad abonarían la segunda alternativa, la CFGE 3/2001 se ha inclinado por exigir la preexistencia de la resolución de expulsión, sin la que no podría adoptarse resolución autorizante, señalando taxativamente que “el artículo 57.7 de la LOEx exige como presupuesto de la autorización de la expulsión la sustanciación previa del expediente gubernativo. El juez constata la preexistencia de la decisión administrativa de expulsión y comprueba su validez, para lo que es preciso que haya sido adoptada por el órgano competente, con las formalidades legales y con fundamento en alguno de los supuestos de la Ley”.

A su vez, la exigencia de que el Juez penal pondere además las circunstancias concurrentes a los efectos indicados de concluir que resulta preferible la expulsión al proceso penal se explicita igualmente en la STC 24/2000⁹.

A este respecto, la CFGE 3/2001, de 21 de diciembre, insta a los Fiscales a valorar el conjunto de las circunstancias del caso –especial trascendencia del delito cometido, pertenencia a grupos organizados, alarma social, necesidad reforzada de respuesta penal– para instar la decisión que mejor acomode las exigencias de la justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico, con las necesidades de una racional y prudente política de extranjería; y destaca que entre todas estas circunstancias la gravedad del delito imputado y la frecuencia de su comisión adquieren un perfil dominante, destacándose especialmente la postura negativa mantenida respecto del delito de tráfico de drogas, como ha afirmado en alguna ocasión la doctrina del TS en supuestos de aplicación del artículo 89 del CP –cfr. STS 1144/2000, de 4 de septiembre (RA 2000\9767)– por lo que procede denegar la autorización de expulsión en los casos más graves por aplicación del principio de proporcionalidad.

Y entre estos casos en que resulta especialmente cuestionable la aplicación de la medida de autorización se encuentra, sin duda, el de los ciudadanos comunitarios o de Estados integrantes del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo (actualmente, y tras las últimas incorporaciones a la Unión Europea, Liechtestein, Noruega e Islandia), por cuanto la libre circulación de personas con supresión de fronteras interiores determina que no resulte virtual la inocuización del reo pretendidamente garantizada por la expulsión, lo que hace preferible la continuación del procedimiento penal, sin perjuicio de que de recaer sentencia condenatoria puedan entrar en juego otras instituciones en fase de ejecución penal, tales como la suspensión de la ejecución, o el convenio europeo de traslado de personas condenadas.

(9) Resulta especialmente explícita la siguiente aseveración de la STC aludida, en su fundamento jurídico sexto: “El Juzgado de Instrucción autoriza, en efecto, a la autoridad gubernativa para decretar la expulsión, y para ello se limita a verificar si el extranjero contra el que se sigue el procedimiento administrativo de expulsión está o no imputado en un proceso penal por delitos menos graves, si se halla incurso en un supuesto de expulsión y si la autorización resulta preferible a la continuación del procedimiento penal, ponderando las circunstancias concurrentes del caso (artículos 21.2 y 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985). Todo ello sin perjuicio del derecho que asiste al recurrente de ejercitar contra la orden de expulsión, en su caso, los recursos procedentes en vía administrativa y contencioso-administrativa, así como de instar la adopción de medidas cautelares en esta sede, entre ellas la de suspensión (artículos 34 y 35 de la Ley Orgánica 7/1985 y STC 115/1987, de 7 de julio)”.

5º Recursos procedentes.– Tratándose generalmente de una decisión acordada en el marco de diligencias tramitadas conforme a las normas del procedimiento abreviado regulado en el título II del libro IV de la LECr, tras la redacción introducida por Ley 38/2002, de 24 de octubre, contra la resolución que se adopte cabrá interponer recurso de reforma, y en su caso apelación, o súplica, ya que al no preverse explícitamente recursos contra esta resolución, pero no excluirse la posibilidad de los mismos, entran en juego las previsiones generales contenidas en la LECr.

6º Continuación del procedimiento penal hasta la comunicación de la materialización de la expulsión.– Aunque existe una tendencia en la práctica de proceder al archivo provisional de la causa penal tan pronto se adopta la decisión de autorizar la expulsión gubernativa, dicho archivo resulta improcedente en tanto no se comunique por la Autoridad Gubernativa a la Autoridad Judicial autorizante y al Ministerio Fiscal la materialización de la expulsión, conforme a lo establecido en el artículo 136.2 del RLOEx *in fine*. En consecuencia, la resolución judicial autorizante debe requerir de la Autoridad gubernativa que se proceda a comunicar la materialización de la expulsión, tan pronto se produzca, o las causas que en su caso la pudieran impedir, y solo se acordará el archivo provisional cuando se comunique la materialización de la expulsión.

Entendemos injustificada la práctica que se propone desde algunas instancias de que en estos casos la Autoridad judicial autorizante decreta la orden de detención del reo expulsado, por cuanto no asistimos a ninguno de los supuestos que conforme a la normativa vigente justifica dicha medida –artículos 490 y 492 de la LECr–, sin que aporte ninguna operatividad determinante de la detención del reo, en los supuestos en que éste regresara a España durante el plazo de la prohibición de entrada fijado en el decreto de expulsión, ya que detectada su presencia en España debe procederse a la devolución, *ex* artículo 58.2.a) de la LOEx, y consecuentemente a su detención y eventual medida de internamiento¹⁰.

¿Cuándo devendrá el archivo provisional en definitivo? Existen dos soluciones posibles: a) cuando concluye el plazo de prohibición de entrada en España, por la que se inclina la Circular FGE 3/2001; b) cuando hayan transcurrido los plazos de prescripción de la infracción penal –cfr. artículos 130.5 y 131 del CP–, solución ésta que nos parece más acomodada a la naturaleza del derecho penal sustantivo y procesal.

E) Acusado extranjero durante fase del juicio oral

Curiosamente, no existe ni en el proceso sumario ordinario, ni tampoco en el procedimiento abreviado, norma especial alguna que prevea para el juicio oral la asistencia preceptiva de intérprete al reo extranjero que no hable o comprenda el español –a diferencia de la previsión especial para el testigo, contenida en el artículo 711 de la LECr–, pese a lo cual esta asistencia se garantiza en la práctica por aplicación extensiva de las normas de la fase instructora, en observancia del imperativo constitucional del derecho fundamental a la defensa.

(10) Cuestión diferente es que si la devolución en estos casos resultara imposible, debería garantizarse que la Autoridad gubernativa comunicara tal circunstancia a la Autoridad judicial autorizante de la expulsión, para continuación del procedimiento penal, caso de que el delito no estuviera prescrito.

F) Expulsión judicial como forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad

La figura de la expulsión sustitutiva se contempla en el artículo 89 del CP, conforme al cual,

- “1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado.
2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas.
3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa.
4. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis 515.6, 517 y 518 del CP.”

Este precepto toma como antecedente el párrafo segundo del artículo 21.2 de la LO 7/1985, de 1 de julio, pasándose a diferenciar ahora dos figuras de expulsión, la íntegra, y la parcial del último cuarto de condena, que seguidamente examinaremos. No obstante, procede dejar constancia desde un primer momento que en ambos casos la expulsión, que ahora es judicial, al ser directamente acordada por la Autoridad Judicial, no constituye una pena¹¹, ya que no aparece como tal en el catálogo de las penas formulado en el artículo 33 del CP, sino que se configura como una forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad, juntamente con las figuras de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, y con la libertad condicional. De lo anterior cabe en consecuencia colegir que es presupuesto material inexcusable la existencia de una pena privativa de libertad: por eso no cabe aplicarse ni sobre las penas privativas de derechos, ni sobre las multas, y sí sobre las penas de prisión, de arresto de fin de semana, y sobre la responsabilidad personal subsidiaria caso de impago, conforme a lo establecido en el artículo 89 del CP en relación con el artículo 35 del mismo texto legal. Seguidamente procederemos al análisis separado de las dos modalidades de expulsión judicial.

Sobre jurisprudencia sobre esta figura, véanse entre otras resoluciones, el ATC 106/1997, de 17 de abril, las SSTs de 21 de enero de 2002 –RA 2002\5756–, 4 y 11 de septiembre 2000 –RA 2000\7751 y 2000\9767–, 2 de junio de 1999 –RA 1999\5453–, 3 de marzo de 1998 –RA 1998\1985– y de 13

(11) En su análisis del artículo 21.1 de la LO 7/1985, precedente del artículo 89 del CP, el Tribunal Constitucional desde siempre rechazó la consideración de la expulsión como una pena, señalando que no constituye propiamente una modalidad del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino por el contrario una medida frente a una conducta incorrecta del extranjero que el Estado en el que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política de extranjería. Véanse por todas, las SSTC 242/1994, de 20 de julio, y 203/1997, de 25 de noviembre.

julio 1998 –RA 1998\5837–. Ha sido tratada igualmente en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2002, de 19 de febrero.

a) Expulsión sustitutiva de la pena privativa de libertad íntegra

A ella se refiere el inciso primero del artículo 89.1 del del CP, pudiendo acordarse por el Juez o Tribunal sentenciador respecto de aquellos extranjeros no residentes legalmente que hubieren sido condenados a penas privativas de libertad que sean inferiores a 6 años. En consecuencia, sus presupuestos materiales de aplicación son los siguientes:

1º.– En cuanto al ámbito de los extranjeros respecto de los que puede aplicarse, que se trate de extranjeros no residentes legalmente en España. Ello impide la aplicación de la medida a aquellos reos extranjeros cuya situación administrativa no conste suficientemente acreditada, o respecto de los que conste permisos de residencia temporal o permanente en vigor, ya que respecto del concepto de extranjero residente legalmente en España, deberá estarse a lo establecido en el artículo 29.3 de la LOEx, conforme al cual “son extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente”. Véase sobre este aspecto, la STS 919/2000, de 2 de junio.

2º.– En cuanto a las penas impuestas en sentencia, que se trate de penas privativas de libertad cuya duración sea inferior a 6 años. Resulta aplicable, pues, respecto de prisiones, arrestos de fin de semana, y responsabilidades personales subsidiarias supuesto de impago de multas. El uso de la expresión penas privativas de libertad impuestas permite establecer dos conclusiones: son las penas impuestas en concreto las que determinan la posibilidad de la sustitución, y no las penas con que en abstracto se castiga el delito en la ley; y conforme a la dicción literal, y a un principio de proporcionalidad de la aplicación de la medida, la expulsión íntegra se supedita a que la suma aritmética de penas impuestas en una sentencia sea inferior a 6 años, no resultando factible si alcanzaran o excedieran de dicho cuanto, aun cuando ninguna de las penas concretamente impuestas lo alcanzara a título individual, aunque sobre este extremo –discutible– no constan por el momento pronunciamientos del TS.

Jurisprudencia sobre esta figura puede localizarse en las resoluciones siguientes: ATC 106/1997, de 17 de abril, y SSTs de 11 de septiembre de 2000 (RA 2000\7751), 2 de junio de 1999 (RA 1999\5453) y de 3 de marzo de 1998 (RA 1998\1984).

b) Expulsión sustitutiva parcial del último cuarto de la condena

A ella se refiere el inciso segundo del artículo 89.1 del CP, pudiendo acordarse por el Tribunal sentenciador a iniciativa del Ministerio Fiscal, respecto de aquellos extranjeros que hubieren sido condenados a penas de prisión de 6 años o superiores. En consecuencia, sus presupuestos materiales y formales de aplicación son los siguientes:

1º.– En cuanto al ámbito de los extranjeros respecto de los que puede aplicarse, es indiferente su situación administrativa en España, no exigiéndose el presupuesto de que no sean residentes

legalmente en España. Puede en consecuencia aplicarse a los extranjeros residentes legalmente en España.

2º.- En cuanto a la duración de las penas, que se trate de penas de prisión, y que su duración sea de 6 años o superior.

3º.- En cuanto a la forma de su tramitación, su aplicación supedita la resolución judicial a la iniciativa previa del Ministerio Fiscal, que debe instar esta sustitución.

c) Disposiciones comunes a una y otra figura de expulsión sustitutiva

1º Carácter discrecional a criterio del tribunal sentenciador del uso de esta facultad sustitutoria.- Así resulta de la jurisprudencia del TS [SSTS 929/1998, de 13 de julio (RA 5837/1998), 919/1999, de 4 de septiembre (RA 5453/1999), y 1144/2000, de 4 de septiembre (RA 9767/2000)], donde repetidamente se indica que el ejercicio de esta facultad no es susceptible de revisión casacional, y de la doctrina sentada por el propio Tribunal Constitucional, que señala que no existe un derecho fundamental del reo invocable para la concesión de la sustitución, descartando el derecho a la libertad, o el derecho a la reeducación y reinserción social (STC 203/1997, de 25 de noviembre, y AATC 33/1997 y 106/1997, de 10 de febrero y 17 de abril). Ahora bien, tal y como ha señalado el TC, uso de discrecionalidad no implica ausencia de motivación de la resolución judicial, lo que determinaría la posibilidad de invocar el derecho a la tutela judicial efectiva ante la carencia de una exteriorización de las razones de la decisión adoptada (STC 203/1997¹², ATC 106/1997). El TS ha señalado, por su parte, que es legítimo aplazar a la ejecución de la sentencia la decisión de concesión o no de la expulsión sustitutiva, sin incurrir en incongruencia omisiva [cfr. SSTS 330/1998, de 3 de marzo (RA 1984/98) y 1381/01, de 11 de septiembre (RA 7751/2001)].

2º Exclusión del ámbito objetivo de la aplicación de las expulsiones de los delitos castigados en los artículos 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 del CP, por imperativo del artículo 89.4 del CP, introducido por disposición adicional segunda de la LO 8/2000.- Tal y como indicábamos respecto de la figura de la autorización judicial de la expulsión gubernativa, no se entienden las razones de no haber incluido en el catálogo de exclusiones el delito de favorecimiento del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual, tipificado en el artículo 188.2 del CP.

3º Audiencia previa del reo.- De especial trascendencia, por cuanto no solo se salvaguarda el genérico derecho de defensa, sino el de la libertad de residencia y circulación en España, reconocido en los artículos 19 de la CE y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de

(12) La STC 203/1997 señala textualmente que «hemos de declarar, pues, a estos efectos, ante la denegación de una solicitud de expulsión fundada en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, que, dado que «la situación de prisión supone una radical exclusión del valor superior de la libertad, la motivación exigible a cualquier resolución judicial que afecte a ese valor superior no se reduce a la mera expresión de las 'razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión' (STC 14/1991), sino que debe extenderse a las circunstancias que constitucionalmente justifican la situación de privación de libertad. Por decirlo en otros términos: en la medida en que está en juego el valor superior de la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en que la Constitución permite la afectación de ese valor superior».

Nueva York, como advirtió ya la STC 242/1994. La audiencia del reo no exige que sea verbal ante el Juez o Tribunal, bastando el escrito del penado en que así lo solicita, ni tampoco exige la *asistencia de letrado*, que sin embargo se hace necesaria *si expresamente lo solicitara, o cuando se adopte al margen de su voluntad*, según la STC 203/1997 de 25 de noviembre¹³, e insiste la STS 17/2002, de 17 de enero (RA 2002/5756), que además ha entendido jurisprudencialmente que la audiencia del reo debe implicar una *respuesta específica a la cuestión de la expulsión*, no siendo suficiente a estos efectos invocar el derecho a la última palabra, en que no se había suscitado la cuestión.

4º.- Duración de la prohibición de regresar a España de 3 a 10 años. El artículo 89.2 del CP modifica así el sistema del párrafo segundo artículo 21.2 de la LO 7/1985, que al no hacer precisiones sobre el alcance de la índole sustitutiva de la pena, se interpretaba que impedía regresar al reo durante el tiempo que restaba de cumplimiento material de la pena. El nuevo sistema acomoda la expulsión judicial a las reglas generales de la expulsión gubernativa, contenidas en el artículo 58.1 de la LOEx, que determina que “toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez”. El artículo 89.2 del CP deja a criterio judicial la fijación del plazo de prohibición, refiriéndose a la duración de la pena sustituida como elemento para ponderar la extensión del plazo prohibitivo. El precepto deja sin embargo abierta la cuestión de determinar si el *dies a quo* del cómputo es el de la resolución o el de la materialización de la salida, pareciendo más adecuada esta última solución conforme a una interpretación teleológica del precepto.

5º.- Efectos del incumplimiento de la prohibición de entrada en España. Conforme al artículo 89 del CP, “si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas”, con la excepción que señala el artículo 89.3 del CP, que dispone que “no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa”. El precepto resulta incorrecto técnicamente, puesto que en estos casos la decisión de la Autoridad gubernativa no será en puridad de expulsión, sino de

(13) La STC 203/1997, de 25 de noviembre, señala textualmente: “como se relata en los antecedentes, el ahora demandante de amparo, que se encontraba preso, formuló su solicitud de expulsión mediante escrito en el que expuso con claridad cuál era su petición e invocó el citado artículo 21.2 de la ya citada Ley Orgánica 7/1985, cuya aplicación, a su juicio, habría de justificar el otorgamiento de lo pedido, en atención a las circunstancias de su condena, que también expresaba. De la actuación del órgano judicial se desprende, en lo que constituye una interpretación de la legalidad que no tenemos por qué revisar, que consideró que no era necesario un escrito con firma de Letrado, por lo que el presentado era hábil para poner en marcha el mecanismo judicial en orden a lograr una respuesta a la pretensión así formulada y que, a través de él, había sido oído el demandante de amparo. Como hemos venido declarando reiteradamente, «el hecho de que la intervención de Letrado no sea preceptiva en un proceso determinado, con arreglo a las normas procesales, no priva al justiciable del derecho a la defensa y asistencia letrada que le reconoce el artículo 24.2 de la CE... siendo procedente el nombramiento de Abogado de oficio cuando se solicite y resulte necesario» (SSTC 47/1987, 216/1988, 188/1991, 208/1992 y 276/1993, así como STC 92/1996). Ahora bien, en el preciso contexto que venimos analizando, dado que el demandante de amparo no solicitó la asistencia letrada, y que la ausencia de ésta no generaba indefensión material, cualquier perjuicio que de ello pudiera derivarse «sólo sería imputable a la falta de diligencia del actor, es decir, a su no solicitud» (STC 39/1997), y sin que, por otra parte, pueda apreciarse que la autodefensa ejercitada por aquél haya sido incapaz de plantear, con un aceptable grado de corrección, las cuestiones jurídicas que debían ser tomadas en consideración como premisas para resolver su petición”.

denegación de entrada –artículo 26 de la LOEx, acordada por los propios servicios policiales, como precisa el artículo 137.2 del RLOEx– y en su caso retorno –artículo 60 de la LOEx–, ésta sí adoptada por la Autoridad gubernativa, conforme dispone el apartado 2 del precepto legal precitado.

d) Consideraciones sobre la aplicación de las expulsiones sustitutivas

Siendo discrecional la concesión de la expulsión sustitutiva, pueden servir las observaciones formuladas respecto de las autorizaciones judiciales de expulsiones gubernativas. Si su fundamento es asegurar la inocuidad del reo mediante su repatriación, resulta improcedente –dado el desarme de fronteras interiores, y el derecho a la libre circulación– su aplicación a ciudadanos comunitarios o de los Estados miembros del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo, respecto de los que deberá regir o la suspensión de la ejecución, si hubiere méritos, las sustituciones generales del artículo 88 del CP, o el cumplimiento personal de las penas, con la posibilidad de aplicación del convenio europeo sobre traslados de personas condenadas. Igualmente debe tenerse en cuenta las consideraciones negativas en orden a supuestos de crimen organizado, conforme a razones expuestas en la Convención de las Naciones Unidas sobre Crimen Organizado Transnacional, aprobada por la Asamblea General (A/55/383).

G) Expulsión judicial como medida de seguridad sustitutiva. Artículo 108 del Código Penal

Conforme al artículo 108 del Código Penal:

“1. Si el sujeto fuere extranjero no residente legalmente en España, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables.

2. El sujeto a esta medida no podrá volver a entrar en España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de diez años.”

De la lectura de este precepto legal y de los artículos 6 y 95 del CP, se concluye que en el presente caso asistimos a una auténtica medida de seguridad no privativa de libertad, aplicable a su vez como sustitutiva de una medida de seguridad privativa de libertad. Su ámbito de aplicación se sepedita a la concurrencia de los presupuestos siguientes:

1º) La expulsión como medida de seguridad no puede aplicarse a sentenciados por simples faltas, ya que solamente si los hechos aparecen previstos como delito es posible aplicar medidas de seguridad, conforme a los artículos 6.1 y 95.1.1º del CP.

2º) La medida de seguridad de expulsión no es imponible de modo originario, sino solo como sustitutiva de una medida de seguridad previa, que además debe serlo privativa de libertad –artículo 108.1 del CP–. Por ello: a) por principio, solo podrá imponerse a personas con problemática de anomalías psíquicas, drogodependencias o alcoholismo, o deficiencias de percepción (artículos 101 a 104 del CP en relación con 20.1º, 2º y 3º, y 21.1 del CP); b) queda además descartada *a priori* su aplicabilidad a delitos castigados con penas no privativas de libertad, conforme a lo establecido en los artículos 6.2 y 95.2 del CP, que supeditan la posibilidad de imposición de

medidas de seguridad privativas de libertad, a dos presupuestos: primero, que el delito esté castigado con pena privativa de libertad (principio de proporcionalidad cualitativa), y segundo, que su aplicación sea imprescindible para controlar la peligrosidad criminal del reo (principio de instrumentalidad respecto de la peligrosidad criminal del reo).

3º) En cuanto a su ámbito subjetivo, solo será aplicable a extranjeros no residentes legalmente en España, *ex* artículo 108.1 del CP. Valen las consideraciones realizadas a propósito del concepto de extranjero residente legalmente en España al abordar la expulsión sustitutiva íntegra de penas privativas de libertad.

4º) Es exigible conforme a la literalidad del artículo 108 del CP la audiencia previa del reo.

H) Ejecución penal y extranjería

Denominamos ejecución penal a la actividad de ejecución de las sentencias penales, consistente en hacer que se cumplan los pronunciamientos contenidos en sus fallos. En España la ejecución penal constituye una actividad neta y exclusivamente jurisdiccional, por imperativo del artículo 117.3 de la CE, como ya hemos anticipado. Las sentencias penales pueden contener pronunciamientos sobre consecuencias penales y civiles del delito; las consecuencias penales del delito pueden ser a su vez principales (penas y medidas de seguridad) y accesorias (comiso, y medidas previstas en el artículo 129 del CP); a su vez las consecuencias civiles del delito se fijan igualmente en la sentencia penal, y pueden ser materiales o procesales; las materiales pueden ser generales (restitución, reparación e indemnización) o especiales (determinación de paternidad y fijación de alimentos, en delitos sexuales); las consecuencias civiles procesales consisten en la imposición de las costas procesales.

La ejecución de las penas privativas de libertad aparece así como una parcela de la ejecución penal, la de las penas, muy importante, pero parcela al fin de ese género superior; pero atendida su gran importancia, procederemos a un breve repaso de la actividad de ejecución de las penas privativas de libertad, cuando se imponen a reos extranjeros.

Por definición, y conforme a imperativo constitucional, según hemos indicado, la ejecución de las penas privativas de libertad es una tarea que compete a los órganos jurisdiccionales. Esta tarea transcurre a través de los siguientes pasos.

Primero, decisiones de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, conforme a los artículos 80 y siguientes del Código Penal. No presenta especialidades respecto de los penados extranjeros.

Segundo, decisiones de aplazamiento de la ejecución de la pena, conforme a los artículos 4.4 –indulto– y 60 del CP –enajenación mental sobrevenida–, así como en los supuestos del artículo 56 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional –ante requerimien-

tos del Tribunal Constitucional en supuesto de incidentes de suspensión suscitados en la tramitación de los recursos de amparo—. Estas decisiones tampoco presentan especialidades respecto de reos extranjeros.

Tercero, decisiones de sustitución conforme al artículo 88 del CP, no presenta particularidad alguna respecto de reos extranjeros, si bien éstos cuentan además con la posibilidad de las expulsiones sustitutivas del artículo 89 del CP, ya examinadas.

Cuarto, decisiones de inicio de cumplimiento de la pena, y determinación del período de cumplimiento a través de las oportunas liquidaciones judiciales, previa eventual resolución de su ingreso en el establecimiento penitenciario correspondiente. No presenta particularidad alguna respecto de reos extranjeros.

Quinto, funciones generales de ejecución penal de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, que se traducen en las decisiones de abono de prisiones preventivas, conforme al artículo 58 del CP, refundiciones materiales de condena conforme al artículo 193.2 del RP, y decisiones de órdenes de detención y busca y captura supuesto de fuga. No presentan particularidades respecto de reos extranjeros.

Sexto, funciones especiales de ejecución de los Juzgados de Vigilancia relativas a aprobación de *modificaciones cuantitativas* de la pena, esto es, medidas que entrañan un acortamiento de la duración de la pena: redención de penas por el trabajo y propuestas de indulto particular. No presentan particularidades respecto de reos extranjeros.

Séptimo, funciones especiales de ejecución relativas a *modificaciones cualitativas* de las penas, esto es, decisiones que entrañan no una reducción de la duración de la pena, pero sí del tiempo de internamiento efectivo: libertad condicional, y adelantamiento de libertad condicional. Presenta particularidades que seguidamente examinaremos.

Octavo, decisiones de término del cumplimiento de la pena mediante aprobación del licenciamiento definitivo, ostentadas por el tribunal sentenciador. No presenta particularidades respecto de reos extranjeros.

Pese a no ser actividad jurisdiccional, existen situaciones de término de la ejecución de las penas privativas de libertad derivadas del cumplimiento de los compromisos asumidos por el Reino de España en materia de Convenios y Tratados internacionales en materia de traslado de personas condenadas, que también examinaremos.

a) Libertad condicional de extranjeros

Rigen las normas generales contenidas en los artículos 90 a 93 del vigente Código Penal, y artículos 192 y siguientes del Reglamento Penitenciario, aprobado por RD 190/1996, de 9 de febrero. Sin embargo, existe una disposición especial que posibilita el cumplimiento del período de libertad condicional al extranjero en el país de su residencia, previa autorización del Juzgado de Vigilan-

cia Penitenciaria. Efectivamente, conforme al artículo 197, cuyo epígrafe es libertad condicional de extranjeros, se establece que:

“1. En el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna.

2. Con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el artículo 89 del CP, con antelación suficiente, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas.”

Como primera cuestión se suscita, atendida la lectura del precepto reglamentario examinado, que la institución no tiene más particularidad que la autorización al penado extranjero para disfrutar el período de libertad condicional en el país de su residencia, lo que requiere la autorización del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Pero examinado más a fondo, el apartado primero nos descubre en su contenido una ampliación y una restricción respecto de su propio epígrafe: la ampliación es que no solo se refiere a extranjeros, sino también a españoles residentes en el extranjero; y la restricción, a los efectos que nos importan de los extranjeros, consiste en que es aplicable conforme a la literalidad de la norma, a extranjeros no residentes legalmente en España, pero quedarían excluidos de su cobertura los extranjeros residentes legalmente en España. No se entiende el por qué de esta restricción al libre cambio de residencia por parte del penado extranjero residente en España, que entra en colisión frontal con la política criminal y legislativa generalizada de expulsión de delincuentes extranjeros. La aplicación de la medida sin embargo se generaliza en la práctica, pues no suele advenirse en los expedientes de libertad condicional la situación administrativa del penado extranjero.

La aplicación de la libertad condicional, por lo demás, se supedita a las condiciones siguientes: a) conformidad documentada del penado extranjero; b) eventual adopción por el JVP de las cautelas que considere procedentes para confirmar el cumplimiento de la medida aprobada; c) requerimiento en su caso de medidas de control y seguimiento de la libertad condicional a las Autoridades del Estado de residencia. De estas tres condiciones, solamente la primera se aplica en la práctica; la segunda es muy ocasional, con las consecuencias asociadas de una importante bolsa de fraude; y la tercera es de aplicación prácticamente inédita. ¿Cuáles serían las cautelas que podría establecer el JVP? Parece evidente que la conducción al puesto fronterizo habilitado del reo por la policía, con comunicación a la Dirección General de Policía de que no podrá regresar a España sin previa autorización del Juzgado de Vigilancia hasta la fecha de cumplimiento de la pena. ¿Qué sucede si se detecta la presencia del reo durante el período de libertad condicional? No procederá su detención sino la previa resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de revocación de dicha libertad condicional por incumplimiento de regla de conducta

(en este caso, obligación de residir en el domicilio designado en el expediente, *ex* artículo 93 del CP), acordándose en el auto revocatorio las oportunas órdenes de detención.

No obstante puede reseñarse que algunos JVP han rechazado la aplicación de esta figura bajo la consideración de una supuesta vulneración del principio de jerarquía normativa¹⁴, atendido que no se previó en los artículos 90 a 93 del CP.

b) Traslados de personas condenadas

España tiene firmados y ratificados numerosos convenios internacionales y tratados bilaterales. Así, el Convenio Europeo de traslado de personas condenadas (Convenio de Estrasburgo) establece un sistema de traslado al que se han acogido numerosos Estados, lo que se complementa con los tratados bilaterales suscritos por España¹⁵.

En materia internacional debe también significarse que el sistema *Schengen* hace previsión de reglas de ejecución de sentencias penales, especialmente en caso de evasión de personas condenadas.

I) Derecho Penitenciario y Extranjería

El fenómeno de la extranjería viene ofreciendo una importancia creciente para el sistema penitenciario, muy particularmente en el caso español, donde asistimos a un crecimiento exponencial de la población reclusa extranjera, especialmente en el último decenio, por lo que no es de extrañar que, a diferencia de la LOGP, en que prácticamente no existen preceptos específicos para el recluso extranjero, el RP de 1996 haya destinado numerosas disposiciones para afrontar la problemática generada por un sector de la población reclusa de creciente importancia cuantitativa y cualitativa. En cuanto a la evolución cuantitativa de la población reclusa extranjera, anteriormente hemos facilitado registros estadísticos suficientemente ilustrativos, estándose próximos a alcanzar una tasa del 25% de la población general.

El Derecho Penitenciario es aquella rama del ordenamiento jurídico que tiene por objeto la regulación de la relación jurídica penitenciaria y el modo de cumplimiento de las penas y medidas

(14) Personalmente no comparto este planteamiento, defendido por el JVP del Puerto de Santa María, pues la medida puede entenderse aplicación especial de una regla de conducta consistente en obligación de residir en el lugar que el JVP determine –artículo 90.2 en relación con 105.1.b) del CP aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre–.

(15) Aparte de España, Albania, Alemania, Andorra, Austria, Azerbaiyan, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Chequia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Moldavia, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía, Suecia, Suiza, Turquía, Ucrania, Bahamas, Canadá, Chile, Costa Rica, Estados Unidos de Norteamérica, Israel, Panamá, Tonga, Trinidad y Tobago.

A su vez, España tiene suscritos convenios bilaterales de traslados de personas condenadas con Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Egipto, El Salvador, Honduras, Marruecos, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Rusia, Tailandia y Venezuela, todos ellos debidamente ratificados y publicados en el BOE.

de seguridad privativas de libertad. Hoy se acepta por un importante sector de la doctrina la existencia del Derecho Penitenciario como una disciplina autónoma, en la medida en que cuenta con una materia propia y específica (constituida por la relación jurídica penitenciaria, la actividad penitenciaria y el sistema de cumplimiento de penas y medidas de seguridad privativas de libertad), con una normativa propia y específica (la Ley Orgánica General Penitenciaria –en lo sucesivo LOGP–, Reglamento Penitenciario –en adelante RP– y normativa que los desarrollan), y órganos jurisdiccionales propios y específicos (los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria).

En cuanto a la materia, se denomina relación jurídica penitenciaria a aquella relación derivada del internamiento, que vincula al recluso –con independencia de su condición procesal de detenido, preso, penado o internado sujeto a medida de seguridad– con la Administración Penitenciaria a la que se confía su retención y custodia; de dicha relación, que no tiene naturaleza procesal, sino administrativa, nacen un haz de derechos y deberes, respecto del interno, y un haz de deberes y poderes, para la Administración. Dicha relación ha sido encuadrada por doctrina y Tribunal Constitucional entre las denominadas relaciones de especial sujeción, que son aquellas en las que la Administración ostenta unos poderes más intensos que los que ejerce sobre el común de los ciudadanos. Tal y como gráficamente señala el vigente RP, el interno ingresa en una comunidad que le vincula de forma especialmente intensa.

En cuanto a la actividad penitenciaria, es aquella actividad netamente administrativa, protagonizada por los servicios administrativos de prisiones (que en nuestra normativa reciben la denominación de instituciones penitenciarias), y que tiene como finalidades primordiales la retención y custodia de los reclusos –independientemente de su condición procesal, como detenidos, presos, penados o sentenciados sujetos a medida de seguridad–, así como la reeducación y reinserción social de penados y sentenciados sujetos a medidas de seguridad privativas de libertad.

La actividad penitenciaria está sometida en el derecho español a los siguientes principios constitucionales, inspiradores de todo nuestro sistema penitenciario: a) principio de legalidad, conforme al que la actividad de la Administración Penitenciaria debe ajustarse a los mandatos de las leyes, sin desviación de los mismos (artículos 25 y 103 de la CE); b) principio de conservación de derechos fundamentales, conforme al cual el recluso conserva todos los derechos fundamentales no afectados por el sentido de la pena, el fallo condenatorio, o la ley penitenciaria (artículo 25.2 de la CE); c) principio de resocialización (artículo 25.2 de la CE), conforme al que la finalidad primordial de la actividad penitenciaria debe venir presidida por la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados y sentenciados sujetos a medidas de seguridad de internamiento; y d) principio de control judicial (artículos 117.4, 106.1 de la CE, en relación con 79 de la LOGP), en cuya virtud la actividad penitenciaria está integralmente sometida a la revisión judicial en cuanto a su sometimiento a la legalidad vigente.

Seguidamente procedemos a examinar las especialidades del *status* del recluso extranjero, y de la actividad penitenciaria respecto del mismo, especialidades que han de estar presididas por los principios aludidos. Dichas peculiaridades están inspiradas básicamente en los siguientes aspectos: en primer lugar, superar las barreras idiomáticas, garantizando la información del recluso extranjero en relación con sus derechos y deberes, facilitándole el acceso al conoci-

miento de la lengua española, y asegurando su derecho a la defensa en el marco del procedimiento disciplinario, previendo la asistencia de intérprete para que pueda conocer los cargos que se le dirigen, y facilitarle la expresión de sus alegatos de descargo; en segundo lugar, facilitando sus contactos con sus representantes diplomáticos y consulares, y con sus familiares y amigos, así como el acceso a la cultura; y en tercer lugar, por la intención de promover su repatriación, asegurándole el conocimiento de los instrumentos de repatriación previstos por la legislación penal y penitenciaria española, y facilitando en su caso a las instituciones competentes los mecanismos necesarios para facilitar las medidas repatriativas.

a) Información al tiempo del ingreso

El artículo 52 del RP lleva por epígrafe información. Con carácter general establece en su apartado 1 que “los internos recibirán a su ingreso información escrita sobre sus derechos y deberes, el régimen del Establecimiento, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas y recursos. Con este fin, se les entregará un ejemplar de la cartilla o folleto informativo general y de las normas de régimen interior del Centro penitenciario de que se trate, que el Centro Directivo de la Administración Penitenciaria correspondiente editará necesariamente en castellano y en la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro penitenciario”. Pues bien, nada más y nada menos que los cuatro siguientes apartados se dedican a la información especial de los reclusos extranjeros.

“2. A los internos extranjeros se les informará, además, de la posibilidad de solicitar la aplicación de tratados o convenios internacionales suscritos por España para el traslado a otros países de personas condenadas, así como de la sustitución de las penas impuestas o a imponer por la medida de expulsión del territorio nacional, en los casos y con las condiciones previstas por las leyes. Igualmente, se les facilitará la dirección y el número de teléfono de la representación diplomática acreditada en España del país correspondiente.

3. A estos efectos, el mencionado Centro Directivo procurará editar folletos de referencia en aquellos idiomas de grupos significativos de internos extranjeros en los Establecimientos españoles. A los extranjeros que desconozcan los idiomas en que se encuentre editado el folleto se les hará una traducción oral de su contenido por los funcionarios o internos que conozcan la lengua del interesado y, si fuese necesario, se recabará la colaboración de los servicios consulares del Estado a que aquél pertenezca.

4. En todo caso, a aquellos internos españoles o extranjeros que no puedan entender la información proporcionada por escrito, les será facilitada la misma por otro medio adecuado.

5. En el departamento de ingresos y en la Biblioteca de cada Establecimiento habrá, a disposición de los internos, varios ejemplares de la LOGP y RP de las normas de régimen interior del Centro. La Administración procurará proporcionar a los internos extranjeros textos de la LOGP y de su Reglamento de desarrollo en la lengua propia de su país de origen, a cuyo fin recabará la colaboración de las autoridades diplomáticas correspondientes.”

b) Derecho a comunicar el ingreso a las autoridades consulares

Conforme al artículo 15.5 del RP “los internos extranjeros tienen derecho a que se ponga en conocimiento de las autoridades diplomáticas o consulares correspondientes su ingreso en prisión. A tal fin, en el momento del ingreso, incluido el voluntario a que se refiere el artículo siguiente, se

les informará de forma comprensible, a ser posible en su propio idioma, de este derecho, recabando por escrito su autorización para proceder, en su caso, a tal comunicación”. Como sucede en la legislación procesal con motivo de su detención, el derecho se ejercita por el interno, sin que pueda hacerse la comunicación por los Mandos penitenciarios por su propia iniciativa.

c) Colaboración en la resocialización de reclusos extranjeros de instituciones y asociaciones

Señala el artículo 62.4 del RP que “la Administración Penitenciaria fomentará, especialmente, la colaboración de las instituciones y asociaciones dedicadas a la resocialización y ayuda de los reclusos extranjeros, facilitando la cooperación de las entidades sociales del país de origen del recluso, a través de las Autoridades consulares correspondientes”.

d) Contactos con el mundo exterior

Los reclusos, nacionales o extranjeros, tienen ante todo el derecho a mantener sus comunicaciones en su propia lengua, como señala el artículo 51 de la LOGP.

Establece el artículo 42.7 del RP que “las comunicaciones y visitas se organizarán de forma que satisfagan las necesidades especiales de los reclusos extranjeros, a los que se aplicarán, en igualdad de condiciones con los nacionales, las reglas generales establecidas en este artículo”.

El artículo 49.3 y 4 se refiere a los contactos con sus representantes diplomáticos y consulares, señalando que “3. Los internos extranjeros podrán comunicar, en locales apropiados, con los representantes diplomáticos o consulares de su país, o con las personas que las respectivas Embajadas o Consulados indiquen, previa autorización del Director del Establecimiento, y con aplicación en todo caso de las normas generales establecidas sobre número de comunicaciones y requisitos de las mismas en el artículo 41.

4. A los súbditos de países que no tengan representante diplomático o consular, así como a los refugiados y a los apátridas, les serán concedidas comunicaciones en las mismas condiciones con el representante del Estado que se haya hecho cargo de sus intereses o con la Autoridad nacional o internacional que tenga por misión protegerlos, o con las personas en quienes aquéllos deleguen”.

e) Acceso a la formación y aprendizaje de la lengua española, así como disponibilidad en lo posible de material bibliográfico en su propia lengua

Al primer aspecto se refiere el artículo 118.2 del RP, conforme al cual “los reclusos extranjeros tendrán las mismas posibilidades de acceso a la formación y educación que los nacionales. Con este fin, la Administración Penitenciaria procurará facilitarles los medios adecuados para aprender el idioma castellano y la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro penitenciario”.

Al segundo aspecto se refiere el artículo 127.3 del RP, que señala que “en función del número de internos extranjeros existente en el Centro penitenciario, la biblioteca podrá disponer de publicaciones editadas en los idiomas extranjeros más usuales. A tal fin, se solicitará la cooperación de los servicios consulares correspondientes y de las organizaciones privadas apropiadas”.

f) Asistencia de intérprete para asegurar el ejercicio del derecho de defensa en el marco del procedimiento disciplinario

A tal fin establece el artículo 242.2.j) del RP que en el pliego de cargos se hará constar la “posibilidad de asistirse de un funcionario o interno como intérprete si se trata de un interno extranjero que desconozca el castellano”.

g) Activación de mecanismos de repatriación

1º.- Comunicación al Ministerio Fiscal de las fechas de cumplimiento a fin de activar mecanismos sustitutivos de la ejecución de la pena. Conforme al artículo 27 del RP, “también se notificará al Ministerio Fiscal la fecha previsible de extinción de la condena en los supuestos legales de sustitución de la pena por medida de expulsión del territorio nacional y, en todo caso, cuando se trate de penados extranjeros que extingan condenas inferiores a seis años de privación de libertad”.

Precepto éste que se complementa con lo establecido en el artículo 197.2 del RP, que disponía que “con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el artículo 89 del CP, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas”.

2º.- Penados extranjeros sometidos a medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena: inicialmente aparecían contempladas las medidas a adoptar en el artículo 36 del del RP vigente. Según el artículo 26 del RP: “en el caso de que el penado fuese un extranjero sujeto a medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena, conforme a lo dispuesto en la legislación de extranjería, el Director notificará, con una antelación de tres meses o en el momento de formular la propuesta de libertad definitiva a que se refiere el artículo 24.2, la fecha previsible de extinción de la condena a la autoridad competente, para que provea lo necesario con arreglo a lo dispuesto en la legislación vigente”.

El precepto así redactado constituía un auténtico brindis al sol, pues en el expediente penitenciario no constan anotadas las decisiones repatriativas que pueda adoptar la Autoridad gubernativa, y así, no se sabe en qué manera podría el Director conocer cuándo debía –y cuándo no– comunicar la fecha prevista de excarcelación; en la práctica este precepto queda sin contenido por una previsión contenida en el RLOEx, concretamente en su artículo 136.5, conforme al cual “los directores de los establecimientos penitenciarios notificarán a la autoridad gubernativa,

con tres meses de anticipación, la excarcelación de extranjeros que hubieran sido condenados en procedimiento por delito, a los efectos de que, en su caso, se proceda a la expulsión, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000. A estos efectos, en los expedientes personales de los extranjeros condenados, se hará constar si a los mismos les ha sido incoado expediente de expulsión, y su estado de la tramitación”.

Este precepto, aparte de señalar la necesidad de que en el expediente se anote la incoación de los expedientes de expulsión y su estado de tramitación, se coordina por completo a la LOEx, cuyo artículo 57.2 ha previsto –tras la expulsión/sanción (artículo 57.1 de la LOEx)– la expulsión/consecuencia accesoria del delito, señalando que “asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”. Obsérvese que es la pena prevista al delito, y no la concretamente impuesta, la que determina la causa de expulsión; debe sin embargo criticarse el automatismo del precepto, que debería dejar abierta la posibilidad de la regularización de penados extranjeros respecto de los que conste un pronóstico favorable de vida en libertad respetuosa de la ley penal, formulado por la Junta de Tratamiento al amparo del artículo 67 de la LOGP, ya que en estos casos la causa de expulsión carecería de fundamento.

h) Consideración especial de los permisos de salida a reclusos ordinarios de salida a extranjeros

Aunque en principio la regulación vigente no ha previsto especialidades para los permisos de ciudadanos extranjeros, y las recomendaciones internacionales inciden en que se posibilite su acceso sin discriminaciones, no puede dejar de reconocerse que al amparo de lo dispuesto en el artículo 156.2 del RP, que establece como motivos denegatorios de los permisos jurídicamente relevantes la probabilidad de comisión de nuevos delitos, de no reincorporación, y de repercusión perjudicial sobre el propio penado desde la perspectiva de su proceso de recuperación social, aun cuando la extranjería en sí misma no puede considerarse como causa de denegación de permisos, sí lo permitirá en los casos tales como inexistencia de vínculos sociales, familiares, ni institucionales, así como en los casos de vinculación a grupos de crimen organizado; en el primer caso pueden concluirse razonablemente probabilidades de no reincorporación muy superiores a las abstractas que son propias y comunes de cualquier permiso autorizable, y en el segundo caso por las mismas razones, y por existir probabilidades de comisión de nuevos delitos. Las probabilidades de no reincorporación suelen aceptarse como razonables en los supuestos de extradición pendiente.

Fuera de estos casos, la existencia de acogida social, familiar o institucional, en su caso, pueden permitir entender conjuradas las probabilidades de no reincorporación, en atención a la fase de cumplimiento y demás circunstancias concurrentes en cada caso.

III. LA PROTECCIÓN PENAL DEL EXTRANJERO: POTESTAD PENAL Y DELITOS COMETIDOS CONTRA EXTRANJEROS

A) Consideraciones generales

El examen del extranjero como sujeto pasivo de la infracción penal entraña el análisis de la protección penal del ciudadano extranjero, desde la perspectiva del derecho penal sustantivo, y las posibilidades de acceso al proceso como acusación, y su consideración como testigo en el plano del Derecho procesal penal.

Desde una perspectiva criminológica –o más específicamente, victimológica– no existen estudios estadísticos en España que aborden la perspectiva del extranjero como víctima; pero cuando se realicen sin duda deberá tenerse presente que, si es en general notoria la existencia de una cifra negra en los registros estadísticos derivada de los numerosos delitos que no son objeto de denuncia, esta cifra negra necesariamente deberá ser considerada notablemente al alza respecto de los delitos sufridos por los extranjeros, pues en muchas ocasiones éstos no serán objeto de denuncia por distintas razones: en el segmento del turismo, por dificultades de acceso al idioma, por desconocimiento de los lugares de formulación de la denuncia, o por la creencia de su inutilidad o falta de virtualidad práctica; pero en el caso de los inmigrantes ilegales a las anteriores razones vienen a sumarse los problemas que puede acarrearles su personación en dependencias policiales, ante los riesgos de activar y sufrir eventuales medidas repatriativas.

En el caso de los inmigrantes ilegales la posibilidad de ser víctima de delitos se activa desde el mismo momento de su misma entrada en España, que en muchos casos se canaliza a través de redes de inmigración ilegal, para pasar a ser objeto en muchos casos de secuestro, y de tráfico ilegal con fines de explotación laboral o sexual.

B) Derecho penal: parte general

a) Agravante de discriminación por xenofobia

Conforme al artículo 22.4^a del CP, constituye una circunstancia agravante “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca”.

Se trata de una circunstancia introducida en nuestro sistema penal por LO 4/1995, de 11 de mayo, que anticipó por vía de urgencia su incorporación al del CP derogado, sin aguardar al nuevo del CP vigente, aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre, apenas seis meses después. Ello ha motivado una primera crítica (PRATS CANUT¹⁶), al entenderse que constituyó una muestra de excesiva vinculación de la política criminal a los movimientos de la opinión pública, aunque se acaba admitiendo su contribución al asentamiento en el sistema penal de la protección de deter-

(16) J.M. PRATS CANUT: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, AA.VV., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 242 y siguientes.

minados valores de defensa de la convivencia en una sociedad democrática. Su apreciación se supedita a la necesidad de acreditar en términos probatorios que el hecho se perpetró por motivos discriminatorios, lo que entraña dilucidar los elementos motivacionales, generalmente a través de indicios, y por definición, la exclusión *a priori* de su posible apreciación en las modalidades imprudentes de los distintos delitos.

b) Imprescriptibilidad del genocidio

Conforme al artículo 131.4 del CP el delito de genocidio no prescribirá en ningún caso. Este criterio se vincula a los acuerdos internacionales existentes sobre la materia (Convención de 11 de noviembre de 1968 sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, y Convenio de Nueva York de 9 de diciembre de 1948 para prevención y sanción del delito de genocidio).

C) Derecho penal: parte especial

El del CP vigente contempla una serie de conductas específicamente cometidas contra ciudadanos extranjeros que se castigan como infracciones penales. Analizaremos en primer lugar las conductas tipificadas como tales en la redacción originaria de la LO 10/1995, de 23 de noviembre –diversas formas de tráfico ilegal de inmigrantes con fines de explotación laboral, ciertos supuestos de discriminación, así como determinadas modalidades de asociación ilícita–, y en segundo lugar examinaremos los tipos introducidos por la LO 11/1999, de 11 de abril (tráfico ilegal de inmigrantes con fines de explotación sexual)

a) Empleo de trabajadores extranjeros en condiciones perjudiciales, supresivas o restrictivas de derechos

Tras castigarse como delito contra los derechos de los trabajadores con carácter general –sean españolas o extranjeras sus víctimas– el tráfico ilegal de mano de obra en el artículo 312.1 del CP, el apartado 2 del mismo precepto legal castiga con las mismas penas –prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses– dos conductas diferentes: una de ellas es igualmente general, aplicable indistintamente que las víctimas sean españolas o extranjeras, y consiste en reclutar o determinar a personas a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones engañosas, o falsas; la segunda conducta es específica respecto de víctimas extranjeras, y se castiga a “quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”.

Este precepto se ha criticado por varios motivos: en primer lugar, porque se hace referencia tan solo a los súbditos extranjeros sin permiso de trabajo, lo que obliga a interrogarse sobre qué sucede si la víctima es un extranjero con permiso de trabajo, resultando la respuesta obviamente ser excluido de la protección de este tipo penal –aunque puede entenderse cubierto con

el artículo 311.1 del CP; en segundo lugar, se señala que la conducta coincide sustancialmente con la prevista en el artículo 311.1 del CP¹⁷, pero sin exigir el empleo de medios engañosos o abuso de situación de necesidad, crítica que se corrige si se considera que el abuso de situación de necesidad se presupone en los supuestos de empleo de extranjeros que no disponen de permiso de trabajo; y finalmente, se señalaba que asistíamos a un trato privilegiado al no contemplarse la hipótesis de que la imposición de tales condiciones se realice con empleo de violencia o intimidación, que sí es previsto en el artículo 311.3º del CP (lo que podía obviarse, como proponía PRATS Y CANUT¹⁸, o bien castigando la conducta como concurso ideal de delitos de amenazas o coacciones con el delito del artículo 312.2 del CP *in fine*, o bien castigándola *ex artículo* 311.3º del CP); la cuestión se ha corregido tras la reforma de la LO 4/2000, que ha incrementado las penas de prisión desde 6 meses a 3 años y multa a las anteriormente reseñadas de 2 a 5 años de prisión y multa, por lo que la solución pasa actualmente por el concurso precitado.

Sobre el artículo 312.2 del CP se han vertido dos alternativas. La primera consiste en entender que el artículo 312.2 es inaplicable porque los trabajadores extranjeros sin permiso no tienen derecho al trabajo ni a la seguridad social y, al no tener reconocido ningún derecho, no se pueden perjudicar los derechos que tuviesen reconocidos, acción que forma parte de la conducta típica. Tal interpretación ha sido rechazada por la conocida STS 995/2000, de 30 de junio¹⁹ –RA 2000\6081– que, aunque condena por el artículo 499 bis antiguo, también cita el 312.2, y argumenta que el empleador con esa interpretación podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones más discriminatorias sin riesgo alguno de infracción legal. Se opone también a la dicción del actual artículo 36.5 de la LOEx, según el cual la carencia de la correspondiente autorización no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. La segunda es entender que la única diferencia con el artículo 311.1º es su ámbito subjetivo y que el 312.2 inciso segundo sería de aquél una simple especialidad. Mientras que el 312.2 se refiere a los extranjeros sin permiso de trabajo, el 311 a cualquier trabajador, y el plus que éste exige de engaño o abuso se entendería implícito en el hecho de encontrarse el extranjero sin posibilidad legal de trabajar. Quedaría idéntico el resto de la conducta: perjudicar, suprimir o restringir los derechos laborales o de Seguridad Social.

El diferente ámbito subjetivo sin embargo dejaría sin explicar el añadido del inciso “en condiciones que perjudiquen...”. En efecto, habría bastado tipificar la contratación de un extranjero sin permiso, ya que esta sola circunstancia implica que se perjudican sus derechos de Seguridad Social, pues es imposible que sea dado de alta en ella (artículo 7.5 de la Ley General de la Seguridad Social, 7 del Estatuto de los Trabajadores y 10.1 y 14 de la LOEx). Las condiciones perjudiciales que indica el precepto han de referirse a otra cosa, a las condiciones laborales que en

(17) “Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.”

(18) Véase nota 14.

(19) Dicha STS analiza un caso de cierta resonancia nacional: el supuesto de un inmigrante ilegal que por el deseo de obtener el permiso de residencia firma un *contrato de esclavo*, haciéndolo como trabajador doméstico sin cobrar, sólo por la alimentación.

el artículo 311.1º se diferencian de las de Seguridad Social. Las penas más graves del artículo 312, que equiparan en sus consecuencias el perjuicio al tráfico ilegal o fraudulento de mano de obra (artículo 312.1 y 2 primer inciso) apoyan también esta conclusión de que lo penado es la imposición de condiciones de trabajo más onerosas que las que la legislación laboral permite (salario, jornada y descansos...) aprovechándose de la condición de extranjero sin ocupación ni posibilidad de obtenerla legalmente y generalmente en angustiosa necesidad de conseguir unos ingresos para la supervivencia. Naturalmente que si el contratante es partícipe en aquellas conductas de tráfico incurrirá en aquellos delitos, aunque no se pruebe la imposición de condiciones laborales perjudiciales.

b) Delito de inmigración clandestina de trabajadores

Castiga el artículo 313.1 del CP con las penas del artículo 312 “a quien promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España”.

El bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores –véase STS 30 de junio de 2000 (RA 2000\6081)²⁰.

El del CP derogado hablaba en su artículo 499 bis.a).3 de “migraciones”, lo que abarcaba a los movimientos de personas entre uno o más países cuyo fin es la colocación o empleo por cuenta ajena; al hablarse actualmente de “inmigración” incluye solo los movimientos migratorios entre distintos países, lo que determina que los que sucedan dentro de las fronteras de España deben considerarse comprendidos dentro del tráfico ilegal de mano de obra –así, ARROYO, TERRADILLOS, y PRATS Y CANUT–.

Respecto del sujeto activo abarca a cualesquiera personas que promuevan o favorezcan esta inmigración, no conстриéndose a empresario o persona con potestad para fijar las condiciones de trabajo, sino también a transportistas, agentes, representantes, y a cualesquiera personas que intervengan en operaciones de emigración (TERRADILLOS, PRATS Y CANUT).

(20) La STS de 5 de febrero de 1998 (RA 1998\424), se expresa así: “El bien jurídico protegido mediante la punición del tráfico ilegal de mano de obra y las migraciones laborales fraudulentas no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas. Es un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la profundización de la desigualdad entre países ricos y pobres, la multiplicación de las comunicaciones internacionales de toda índole y el lógico crecimiento de la aspiración de las poblaciones de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida. Para aprovecharse de esta situación y convertirla en inmoral fuente de ingresos, aparecen grupos y organizaciones de gentes sin escrúpulos que promueven migraciones laborales, al margen o en contra de las disposiciones dictadas al respecto por los diversos Estados, abusando del ansia por salir de la miseria de quienes caen en sus redes y convirtiéndolos de hecho en mercancía de fácil y reproble explotación”.

Aunque no se hable de ciudadanos extranjeros en cuanto a los sujetos pasivos, resulta prácticamente explícita su inclusión, conforme a la normativa de entrada en España prevista en la LOEx y normativa sobre libre circulación de personas en el ámbito Schengen y comunitario.

La inmigración debe ser clandestina, esto es, no realizada conforme a procedimientos legalmente establecidos. El delito se consuma con la entrada en territorio español, por lo que doctrinalmente se admite la posibilidad de tentativa –ARROYO, TERRADILLOS–.

La jurisprudencia ha analizado esta figura en la STS 112/1998, de 3 de febrero (RA 1998\645), así como en la STS 1330/2002, de 16 de julio (RA 2002\7668), que abordó también el análisis de determinados problemas concursales en relación con el delito de homicidio imprudente.

A su vez, la emigración clandestina de trabajadores, esto es, el movimiento de traslado desde España a otro país, se contempla en el apartado 2 del artículo 313 del CP, que castiga con la misma pena “al que simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinar o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país”. Obsérvese que en este precepto el sujeto pasivo no determina especialidades según que sea nacional o extranjero, y que la conducta no consiste en la migración clandestina, sino en el empleo de medios engañosos, lo que puede llevar aparejados problemas concursales con los delitos de estafa y falsedad.

c) Delitos relativos a formas de discriminación

El del CP vigente incluye estos tipos penales entre los delitos contra los derechos fundamentales y contra las libertades públicas garantizados por la Constitución (sección 1ª del capítulo 4º, título XXI del libro II) y tiene como antecedente inmediato el artículo 167 ter del CP derogado, introducido por la LO 4/1995, de 11 de mayo, anteriormente citada. Puede citarse el antecedente representado por la STC 101/1990, de 11 de noviembre, que analizó la demanda de protección civil del derecho al honor promovida por Violeta Friedman contra la publicación de un artículo periodístico de León Degrelle en que se minimizaba la dimensión real del holocausto judío, se acusaba a los judíos de victimismo, y se demandaba la llegada de un nuevo *führer*. La STC precisada acababa expresando que ni el derecho de libertad ideológica ni el derecho de libre expresión pueden amparar expresiones dirigidas a menospreciar o generar hostilidad contra grupos étnicos, religiosos, extranjeros, u otros similares.

Característica general de estos delitos será que por ser inherente a los mismos, no será de aplicación la agravante de discriminación contemplada en el artículo 22.4ª del CP.

Los tipos básicos se contemplan en los artículos 511 y 512 del CP, que definen los *delitos de discriminación simple*, cuyo respectivo concepto en todo caso va a pivotar sobre la conducta de denegación de prestaciones, diferenciándose según se trate de particulares encargados de un servicio público –artículos 511.1 y 2 del CP–, de funcionarios públicos –artículo 511.3 del CP–, o por profesionales o empresarios –artículo 512 del CP–.

En cuanto al delito de *discriminación simple cometido por particular encargado de un servicio público*, sobre su concepto, tal y como señala TAMARIT SUMALLA²¹, se trata de una categoría singular en nuestro del CP, sin que exista una conceptualización de esta figura, como en el sistema italiano; la doctrina (RODRÍGUEZ RAMOS, TAMARIT) restringe el concepto de servicio público a las actividades que así se califiquen normativamente, cuando además el administrado tenga derecho a la prestación del servicio –con el contenido establecido normativamente– siempre que reúna las condiciones que se establezcan reglamentariamente. En consecuencia, consideración de servicio público, contenido de la prestación, y condiciones para obtenerla deben estar previstos normativamente, y la actividad delictiva además presupone una infracción de todas estas normas.

En su apartado 1 el artículo 511 del CP señala que incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años, el “particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía”.

Obsérvese que el precepto no alude a nacionalidad, sino a origen nacional, lo que conlleva su aplicación extensiva a sujetos pasivos que tienen la condición de ciudadanos españoles naturalizados de origen extranjero, e incluso a integrantes de determinadas colectividades del Estado (TAMARIT SUMALLA).

En su apartado 2 el artículo 511 castiga con las mismas penas “cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía”.

Respecto de los *delitos de discriminación simple cometidos por funcionario público*, el apartado 3 del artículo 511 castiga con las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años a “los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo”.

Finalmente y por lo que atañe a los *delitos de discriminación simple cometidos por profesionales o empresarios*, el artículo 512 del CP castiga con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años a “los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía”.

A este supuesto se ha referido la STS de 29 de septiembre de 1998 (RA 1998\6467).

(21) J.M. TAMARIT SUMALLA: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, AA.VV., Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 2081 y ss.

Aparte de los delitos de discriminación simple, a su vez castiga el artículo 510 del CP en su apartado 1, *el delito de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia*, imponiendo las penas de prisión de 6 meses a 2 años, y multa de 12 a 24 meses “a los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, *su origen nacional*, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.

A su vez, el artículo 510.2 del CP castiga la *difusión de informaciones injuriosas contra los mismos grupos y asociaciones*, previendo la misma pena para “los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía”.

d) Delitos de asociación ilícita

Sobre el concepto de asociación, debe trascenderse del concepto jurídico privado, para englobar cualquier agrupación de personas –con un número mínimo comúnmente establecido de tres– dotada de las notas de una cierta organización y permanencia, aunque sean mínimas. Las actividades de agrupación transitorias con fines puntuales podrán revestir otras formas delictivas, pero no la de asociación ilícita.

La redacción originaria del del CP vigente, aprobada por LO 10/1995, de 23 de noviembre, catalogó el *delito de asociación ilícita en función de su promoción de fines discriminatorios*, considerando al efecto como asociación ilícita, conforme al artículo 515.5º del CP “las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones, por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello”.

A su vez, la reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, en su disposición final tercera.¹ añadió al catálogo de las asociaciones ilícitas “las que promuevan el tráfico ilegal de personas”, esto es, *asociaciones ilícitas por causa de su promoción de tráfico ilegal de personas*.

Conforme al artículo 517 del CP vigente, se diferencia en estos casos, a efectos de penalidad, entre los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones (en cuyo caso las penas serán de prisión de 2 a 4 años, multa de 12 a 24 meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por plazo de 6 a 12 años), y los restantes miembros activos (que serán castigados con penas de prisión de 1 a 3 años, y multa de 12 a 24 meses). Siguiendo a CÓRDOBA RODA, se entiende por fundadores quienes constituyeron o crearon la asociación; por directores quienes gobiernan y rigen su actuación; y por presidentes, quienes ocupan la plaza principal o superior de las mismas.

A su vez, y conforme al artículo 518 del CP castiga con la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación para empleo de cargo público por tiempo de

uno a cuatro años a “los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones comprendidas en los números 1º y 3º al 6º del artículo 515”.

Finalmente, conforme al artículo 520 del CP, además de las penas previstas la sentencia impondrá como consecuencia accesoria la disolución de la asociación ilícita y demás previstas en el artículo 129 del CP.

e) Tráfico ilegal de inmigrantes con fines de explotación sexual

El delito de tráfico ilegal de inmigrantes con fines de explotación sexual no aparecía específicamente previsto en la LO 10/1995, regulando los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores sin distinción de nacionalidades. Su introducción tiene lugar por LO 11/1999, de 11 de abril, cuya Exposición de Motivos recordaba que el Consejo de la Unión Europea, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea había adoptado, el día 29 de noviembre de 1996, una acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños como consecuencia de la cual los Estados miembros se comprometen a revisar la legislación nacional vigente. Se introduce así el nuevo artículo 188.2 del CP, conforme al cual se castiga con prisión de 2 a 4 años y multa de 12 a 24 meses a “quien directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima”.

La conducta castigada consiste en favorecimiento de entrada, estancia o salida de personas –con independencia de su nacionalidad– del territorio nacional, lo que implica cualquier comportamiento de ayuda o auxilio. En su conducta de favorecimiento el sujeto activo debe conocer que la finalidad de la entrada, salida o estancia –esto es, no solo la introducción en territorio nacional o su partida de éste, sino también su permanencia– consiste en su explotación sexual, siempre que la misma se produzca: a) con violencia o intimidación; b) con engaño –esto es, induciendo a la víctima a tener por cierto algo que no lo es–; c) o bien prevaliéndose de una situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

f) Tráfico ilegal de personas: delitos contra los ciudadanos extranjeros

La LO 4/2000, ha introducido título XV bis. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; y así, el nuevo artículo 318 bis del CP castiga en su apartado 1 con penas de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses a “los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España”.

Las penas se incrementan –de 2 a 4 años de prisión, y multa de 12 a 24 meses– en tres supuestos, conforme al apartado 2 para “los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior” en tres supuestos, a saber:

- a) “con ánimo de lucro”,
- b) “empleando violencia, intimidación o engaño”,
- c) “o abusando de una situación de necesidad de la víctima”.

Conforme al apartado 3, se agravan respectivamente las penas de los apartados 1 y 2, imponiéndose las penas correspondientes en su mitad superior en dos hipótesis:

- a) “cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas”
- b) “o cuando la víctima sea menor de edad”.

El apartado 4 prevé la imposición agravada de las penas previstas en los apartados 1 y 2 en su mitad superior, añadiendo la pena de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, para los que protagonicen respectivamente esos hechos “prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público”.

Finalmente, el apartado 5 prevé el máximo castigo, imponiéndose las penas respectivas superiores en grado, en sus respectivos casos por razón de pertenencia a grupos de crimen organizado, y específicamente “cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades”.

El ATS 1532/2002, de 4 de julio (RA 2002\7171), de inadmisión por carencia manifiesta de fundamento, se refiere al supuesto de traslado en una patera de 16 personas desde la costa africana a la española como de aplicación de la modalidad agravada contemplada en el apartado 3º.

g) Problemas concursales

La actividad delictiva contra los ciudadanos extranjeros puede plantear numerosos problemas concursales entre el delito de tráfico ilegal de personas con los delitos contra los derechos de los trabajadores, con los delitos de tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual, y de asociación ilícita, profusamente examinados en la Circular 1/2002 de la FGE, de 19 de febrero, a cuyo texto nos remitimos.

D) El extranjero como víctima y/o testigo en el proceso penal

El extranjero puede acudir al proceso penal en calidad de víctima y perjudicado como testigo, y ostentar igualmente esta condición de testigo siempre que puedan aportar datos por él conocidos sobre los hechos, aun sin ser víctimas o perjudicados del delito. La LECr ha previsto las siguientes normas especiales:

a) Posibilidad de ejercicio de la acusación particular. Problemática de su acceso a la acción popular

Denominamos acusación particular a la posición procesal del perjudicado por el delito personado en forma con abogado y procurador en el proceso penal para el ejercicio de las acciones penales en el caso de delitos públicos (perseguidos de oficio) o semipúblicos (perseguidos a requerimiento del agraviado o persona legitimada); y acusación popular, a la posición procesal de cualquier persona que no es agraviada por el delito, personada en el proceso penal a través de la interposición de la oportuna querrela, para el ejercicio de las acciones penales.

De conformidad con la normativa procesal vigente, parece que el extranjero puede personarse como acusación particular –como perjudicado– eventualmente bajo determinadas condiciones; pero no puede actuar como acusación popular, en principio reservada para ciudadanos españoles. Así, conforme a los artículos 101.2 y 270 la acción penal popular, en principio, aparece reservada a los ciudadanos españoles, por lo que, de secundar una interpretación literal de tales preceptos, quedarían excluidos de su ejercicio los extranjeros. En efecto dispone el artículo 270 LECr que “todos los ciudadanos *españoles*, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querrellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley. También pueden querrellarse los *extranjeros* por los delitos cometidos contra sus personas o bienes, o las personas o bienes de sus representados, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 280, si no estuvieren comprendidos en el último párrafo del 281”.

Por la exclusión de los extranjeros abona la naturaleza atribuida a la acusación popular, ligada a los derechos subjetivos públicos, cívicos y activos, perteneciente a la esfera del *status activae civitatis* formulada por JELLINECK.

Pero en el momento actual, doctrinalmente, esta posición está en revisión respecto de los ciudadanos comunitarios, e incluso respecto de los demás residentes no nacionales, y así para GIMENO es dudoso que se le pueda negar la acción popular por cuanto el artículo 13.1 y 2 de la CE permite sustentar lo contrario, máxime si se piensa en que la acción popular forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE, que es uno de los derechos fundamentales con respecto a los cuales el TC ha reclamado la titularidad de los extranjeros –SSTC 99/1985, 107/1992–.

Sin embargo el TC parece apostar por lo contrario al atribuir una distinta naturaleza y fundamento a la acción popular y a la particular. Recordemos que el artículo 24 de la CE define el derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto que la acusación popular aparece definida en el artículo 125 de la CE, conforme al cual “los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”. Y así, la STC 50/1998, de 2 de marzo, invocando la STC 34/1994, recuerda que “aun cuando en el momento actual no existe duda de que tanto la acción particular como la acción popular integran el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 108/1983, 115/1984, 147/1985 y 136/1987) su fundamento constitucional es diferente. Mientras que el acusador popu-

lar tiene una legitimación derivada del artículo 125 CE y no precisa afirmar que es el ofendido por el delito para que se le reconozca el derecho a ejercitar la acción penal, la legitimación del acusador particular deriva directamente del artículo 24.1 CE en cuanto que perjudicado por la infracción penal”.

Y abundando la exclusión del ejercicio de la acción popular de los extranjeros, el artículo 125 de la CE reconoce a los ciudadanos los derechos a ejercitar no solo la acción popular sino también a la participación en el Tribunal del Jurado, lo que obligaría a sostener que si se atribuye uno de tales derechos a los extranjeros habría igualmente que atribuirles el otro, lo que no autoriza la LOTJ.

En cuanto al ejercicio de la acusación particular por el extranjero agraviado por el delito, puede supeditarse a la denominada caución de arraigo, pues conforme al artículo 270.2 de la LECr, los extranjeros pueden querellarse por los delitos cometidos contra sus personas o bienes, o las personas o bienes de sus representados, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 280, –es decir, prestar fianza– salvo que estuvieren comprendidos en el último párrafo del 281, el cual precisamente establece que “la exención de fianza no es aplicable a los extranjeros si no les correspondiere en virtud de tratados internacionales o por el principio de reciprocidad”.

b) Supuesto de residencia en el extranjero del testigo

Una primera dificultad puede proceder de la residencia en el extranjero del testigo, lo que puede suceder con independencia de su condición nacional, pero lo que es más usual si fuere extranjero. A este supuesto se refiere el artículo 424 de la LECr, que dispone que “si el testigo residiere en el extranjero, se dirigirá suplicatorio por la vía diplomática y por conducto del Ministerio de Gracia y Justicia al Juez extranjero competente para recibir la declaración. El suplicatorio debe contener los antecedentes necesarios e indicar las preguntas que se han de hacer al testigo sin perjuicio de que dicho Juez las amplíe según le sugieran su discreción y prudencia. Si la comparecencia del testigo ante el Juez instructor o Tribunal fuere indispensable y no se presentase voluntariamente, se pondrá en conocimiento del Ministerio de Gracia y Justicia para que adopte la resolución que estime oportuna”. Evidentemente, el precepto debe entenderse corregido y coordinado a las previsiones de los convenios y tratados en materia de asistencia penal, y eventualmente a las nuevas normas procesales de uso de las modernas tecnologías (uso de videocámaras).

c) Asistencia de intérprete

A ello se refieren en fase de instrucción los artículos 440 y 441 de la LECr, ya reseñados, y que seguidamente recordamos. Conforme al artículo 440 de la LECr “si el testigo no entendiere o no hablare el idioma español, se nombrará un intérprete, que prestará a su presencia juramento de conducirse bien y fielmente en el desempeño de su cargo. Por este medio se harán al testigo las preguntas y se recibirán sus contestaciones, que éste podrá dictar por su conducto. En este caso, la declaración deberá consignarse en el proceso en el idioma empleado por el testigo y traducido a continuación al español”; a su vez el artículo 441 de la LECr, “el intérprete será elegido entre los que tengan títulos de tales, si los hubiere en el pueblo. En su defecto, será nombrado un

maestro del correspondiente idioma, y si tampoco le hubiere, cualquier persona que lo sepa. Si ni aun de esta manera pudiera obtenerse la traducción, y las revelaciones que se esperasen del testigo fueren importantes, se redactará el pliego de preguntas que hayan de dirigírsele y se remitirá a la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Estado, para que, con preferencia a todo otro trabajo, sean traducidas al idioma que hable el testigo. El interrogatorio ya traducido se entregará al testigo para que, a presencia del Juez, se entere de su contenido y redacte por escrito en su idioma las oportunas contestaciones, las cuales se remitirán del mismo modo que las preguntas a la Interpretación de Lenguas. Estas diligencias las practicarán los Jueces con la mayor actividad”.

Todo ello, sin perjuicio de las previsiones que para el procedimiento abreviado hace el artículo 785 de la LECr, conforme al cual “el Juez de Instrucción empleará para la comprobación del delito y la culpabilidad del presunto reo los medios comunes y ordinarios que establece esta Ley, con las modificaciones siguientes: 1. Cuando los imputados o testigos no hablen o no entendieren el idioma español, se procederá de conformidad con lo dispuesto en los artículos , y de esta Ley, sin que sea preciso que el intérprete designado tenga título oficial”, lo que se reitera en el nuevo artículo 762.8 de la LECr, en su redacción reformada por Ley 38/2002, de 24 de octubre.

Estas reglas se extienden por la LECr al juicio oral, conforme a lo dispuesto en su artículo 711.

d) Práctica de prueba anticipada. Artículo 448 de la LECr

Es habitual que el extranjero, al acudir al proceso como testigo, esté provisionalmente en España, y va a regresar a su país, sea por decisión voluntaria, lo que es frecuente en programación de viajes turísticos, o bien de manera forzosa, ajena a su voluntad, en caso de que esté sujeto a la aplicación de medidas gubernativas o judiciales de repatriación. Para solucionar este problema, el artículo 448 prevé la celebración de la diligencia de testifical como un “mini-juicio”, para posibilitar el interrogatorio cruzado de las partes. A este respecto, el artículo 448 de la LECr señala que “si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor hará saber al reo que nombre Abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su Abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes. En las diligencias se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y será firmada por todos los asistentes. Cuando el testigo sea menor de edad, el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba”.

La nueva regulación del Procedimiento Abreviado introducida en la LECr por Ley 38/2002, de 24 de octubre, ha generalizado la previsión de práctica de prueba anticipada, conforme a lo dispuesto en el nuevo artículo 777.2, conforme al cual

“Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes.

Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes.

A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730”.

El precepto se reitera en sede de diligencias urgentes, conforme a lo dispuesto en el nuevo artículo 797.2 de la LECr, que dispone que:

“Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de guardia practicará inmediatamente la misma asegurando, en todo caso, la posibilidad de contradicción de las partes.

Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial, con expresión de los intervinientes.

A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730”.

e) Estímulo a la denuncia de delitos contra los ciudadanos extranjeros. Artículo 59 de la LOEx

Para facilitar la denuncia en los supuestos de delitos contra los ciudadanos extranjeros, la LOEx ha previsto determinados estímulos a testigos extranjeros que pueden ver frenada su colaboración por la implacable aplicación de medidas repatriativas en el marco de la normativa de extranjería. Pese a que el epígrafe del artículo 59 LOEx se refiere a colaboración contra redes organizadas, la dicción literal del precepto se refiere a la denuncia o testimonio de cargo contra determinados delitos contra ciudadanos extranjeros. Las previsiones del precepto determinan la posibilidad de quedar exento de responsabilidad administrativa, y dejar a su elección el retorno a su país, o bien no ser expulsado, legalizándose su permanencia en España y facilitándosele permiso de trabajo.

Sobre el contenido exacto de estos estímulos, el apartado 3 del artículo 59 de la LOEx señala que “a los extranjeros que hayan quedado exentos de responsabilidad administrativa se les podrá facilitar a su elección, el retorno a su país de procedencia o la estancia y residencia en España, así como permiso de trabajo y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley”, a lo que se suma la posible concesión de asistencia social y jurídica, y apli-

cación de las medidas de protección de testigos, pues conforme al artículo 94.2 del RE “durante el período de cooperación o colaboración, la Administración competente que corresponda proporcionará al extranjero la atención social y jurídica necesaria, sin perjuicio de las medidas de protección que pueda acordar el Juez instructor según lo establecido en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales”.

Conviene subrayar que el artículo 94.1 del RE supedita la vigencia de estos permisos a la persistencia de la colaboración, y así se establece en el párrafo segundo, *in fine*, que “la concesión de dicha documentación podrá ser revocada si el titular, durante el tiempo que dure el procedimiento en el que es víctima, perjudicado o testigo, cesa en su cooperación o colaboración con las autoridades policiales o judiciales”.

Sin embargo existe una restricción en cuanto al origen de su irregularidad: se prevén para los supuestos de entrada irregular y de permanencia irregular sobrevenida, pero no a otros supuestos, tales como los de expulsión que sea consecuencia accesoria de otro delito, en los términos del artículo 57.2 de la LOEx. Efectivamente, conforme al artículo 59.1 de la LOEx, “el extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin permiso, sin documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores”.

La iniciativa en principio corresponde al instructor del expediente sancionador, pero la decisión será adoptada por la Autoridad gubernativa competente para adoptar la decisión final de dicho expediente. Así se infiere del artículo 59.2 de la LOEx, conforme al cual “los órganos administrativos competentes encargados de la instrucción del expediente sancionador harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver”. Sin embargo como será el Ministerio Fiscal quien conozca la trascendencia de la testifical del extranjero, la normativa ha extendido al Fiscal la facultad de instar a la Autoridad gubernativa la aplicación de estos estímulos administrativos, como se infiere del contenido del apartado 4 del artículo 59 de la LOEx, conforme al cual “cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión y, en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas, sin perjuicio de que se puedan adoptar algunas de las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales”.

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)

III

Comentarios al proyecto de ley orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros

SUMARIO

I. Introducción.

II. La reforma del Código Penal. A) El artículo 89 del Código Penal. La expulsión judicial como sustitutivo penal. B) Comentarios al texto del artículo 89 del Código Penal reformado. a) Penas sustituidas. b) Residencia o hallarse legalmente. c) Momento de la sustitución. d) Audiencia de las partes. e) Inaplicación del sustitutivo penal. f) Suspensión de la ejecución penal. g) Límite de la prohibición de entrada. h) Devolución o retorno. C) La reforma del artículo 108 del Código Penal. La expulsión judicial sustitutiva de medidas de seguridad. D) La reforma del artículo 149.2 del Código Penal. Las mutilaciones genitales. E) La reforma del artículo 318 bis del Código Penal. El delito de inmigración clandestina.

III. Modificación de la Ley Organica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. A) El artículo 57 de la LOEx. a) El artículo 57.4 de la LOEx 4/2000. b) El artículo 57.7 de la LOEx 4/2000. B) El artículo 62 de la LOEx. **IV. Modificación del Código Civil.** A) El artículo 9.2 del Código Civil. B) El artículo 107 del Código Civil.

I. INTRODUCCIÓN

Los comentarios del trabajo se ceñirán a las medidas contenidas en aquellos artículos objeto de la reforma, que, según se dice en la Exposición de Motivos, estarían dirigidos a favorecer la integración social de los extranjeros.

El Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros se inscribe dentro del Plan de Lucha contra la Delincuencia, presentado por el Gobierno el día 12 de septiembre de 2002¹ y tiene por objeto completar el conjunto de medidas legislativas que sirven de desarrollo a dicho Plan.

La *Exposición de Motivos*, en su apartado IV, contiene la justificación de la reforma en referencia a los extranjeros, en concreto:

- La respuesta penal frente a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometen delitos.
- La respuesta frente a las nuevas formas de delincuencia que se aprovechan del fenómeno de la inmigración para cometer sus delitos.
- Se incorporan nuevas formas delictivas surgidas de la integración social de los extranjeros.
- Se reforma el artículo 107 del Código Civil para resolver los problemas de ciertas mujeres extranjeras que solicitan la separación o el divorcio y se adapta la Ley de Extranjería a la realidad delictiva y procesal existente.

Un primer comentario que suscita la Exposición de Motivos de la reforma es que en su título lleve la referencia “e integración social de los extranjeros”, cuando ni uno solo de los preceptos modificados se refiere, ni tan siquiera tangencialmente, a la integración en España del inmigrante, sino más bien al contrario a su represión y control.

Reforma Código Penal

El *artículo 1* se dedica a la reforma del *Código Penal*, en particular y referido a los extranjeros. Así, modifica:

- El artículo 89 (la expulsión judicial como sustitutivo penal) regula la sustitución de la pena privativa de libertad inferior a seis años impuesta a un extranjero o superior si ha cumplido tres cuartas partes de condena, por la expulsión del territorio español.
- El artículo 108 relativo a la medida de seguridad de expulsión del extranjero.
- El artículo 149 para introducir el delito de mutilación genital.
- El artículo 188 para suprimir su apartado 2 que sustancialmente pasa al artículo 318.bis.2.
- El artículo 318 bis para ampliar y agravar el ámbito punitivo del delito de inmigración ilegal.

(1) Ver en el apartado I de la Introducción del *Dossier* el contenido de las medidas del Plan relacionadas con los extranjeros.

Reforma LOEx

El artículo segundo contempla la modificación de la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, en concreto:

- El artículo 57 (archivo de los procedimientos de autorización para residir o trabajar en España y tramitación del procedimiento de expulsión del extranjero inculpaado).
- El artículo 62 (procedimiento de internamiento durante la tramitación del expediente sancionador).

Reforma Código Civil

El artículo tercero modifica los artículos 9.2 y 107 del *Código Civil* fundamentalmente para permitir la aplicación de la Ley española en los procedimientos de separación y divorcio si la ley personal aplicable no reconociera la separación o el divorcio o lo hiciera de forma discriminatoria o contraria al orden público, eliminando de dicho Código toda referencia a los efectos en España de las resoluciones judiciales extranjeras en la materia.

II. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

A) El artículo 89 del Código Penal. La expulsión judicial como sustitutivo penal²

Tercero.—Se modifican los números 1, 2 y 3 del artículo 89 que quedan redactados como sigue:

<p>Artículo 89.</p> <p>1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. <i>En ambos casos será necesario oír previamente al penado.</i></p>	<p>Artículo 89.</p> <p>1. <i>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</i></p>
--	--

(2) "La expulsión del extranjero en el nuevo código penal", *Jueces para la democracia*, nº 33, noviembre 1998. RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.

III

<p>2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas.</p> <p>3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa.</p>	<p><i>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 y 83 del Código Penal.</i></p> <p><i>La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento 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.</i></p> <p><i>2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de diez años contados desde la fecha de su expulsión y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.</i></p> <p><i>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.</i></p>
---	---

Comentarios al proyecto de ley orgánica en materia de extranjería

III

4. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515.6.º 517 y 518 del Código Penal.

[Apartado redactado según Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE del 23), 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.]

El artículo 89 del CP resulta coherente con el contenido del artículo 57.7 de la LOEX, que, en su último párrafo, señala:

“En el supuesto de que se trate de extranjeros no residentes legalmente en España y que fueren condenados por sentencia firme, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal.”

En el artículo 89 del CP, tanto en su versión original como reformada se contienen dos tipos de expulsiones: La expulsión judicial como sustitutivo íntegro penal y la expulsión judicial como sustitutivo parcial. Si bien, en el texto reformado se ordena la sustitución de las penas con carácter imperativo, frente a la anterior previsión facultativa³.

• **La expulsión como sustitutivo íntegro de penas privativas de libertad inferiores a 6 años.**

“Artículo 89.1 del CP.– Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.”

En virtud del párrafo 1º del artículo 89 del Código Penal, las penas privativas de libertad inferiores a 6 años impuestas en sentencia firme a un extranjero no residente legalmente serán, antes se decía podrán ser, sustituidas por su expulsión del territorio nacional, 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.

(3) Regulación admitida por el TC en su Sentencia nº 203/1997 y en el Auto nº 33/1997, resoluciones citadas en el *Informe del CGPJ* de fecha 26/2/2003.

- La sustitución parcial del último tercio de penas privativas de libertad iguales o superiores a 6 años.

El citado párrafo 1º continúa diciendo que:

“(…) 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 y 83 del Código Penal.”

En nuestro criterio el párrafo 2º del apartado 1º debe desaparecer, –ya que es una vulneración del *non bis in idem*, es decir, si ya cumplió parte de la pena, no es lícito sustituir el último período de cumplimiento, cuando la pena ha de haber estado orientada a la reinserción social. Este párrafo podría vulnerar el artículo 25 de la CE, ya que para los extranjeros el cumplimiento de la pena privativa de libertad no estaría orientada a la rehabilitación o reinserción, ya que desde la misma sentencia, y por lo tanto antes de haberse dado cumplimiento a ésta, se exige una expulsión cuando se haya cumplido las tres cuartas partes de la misma o se acceda al tercer grado de cumplimiento. La legislación penitenciaria prevé la posibilidad del cumplimiento voluntario del último período de condena en su país de origen.

B) Comentarios al texto del artículo 89 del Código Penal reformado

a) Penas sustituidas

Además de las penas privativas de libertad, debería poder sustituirse las de otra naturaleza, ya que no tiene sentido que quien, pueda lo más, no pueda lo menos, mas aún cuando el extranjero no es residente legal. Podría darse la paradoja de que una pena de prisión e inhabilitación, o alguna privación de derechos, no pueda sustituirse por ser pena acumulativa a la prisión, y solo podría sustituirse una y no la otra. Además no tiene sentido que si se va a expulsar para sustituir una pena, sobre la base de la ilegalidad, esta quede constreñida únicamente a la privativa de libertad, cuando en cualquier caso la autoridad administrativa podría expulsar por estancia ilegal. Se podrán, pues, sustituir penas de prisión, arrestos de fin de semana, y responsabilidades personales subsidiarias en el supuesto de impago de multas.

La aplicación del sustitutivo parece posible aun cuando se hubieren impuesto varias penas en aplicación de un concurso real y la suma superase los seis años de privación de libertad, lo esencial es que las penas impuestas, por cada delito, no superen los seis años de privación de libertad⁴. Aun cuando sobre la cuestión no constan pronunciamientos del Tribunal Supremo, se pue-

(4) Artículo 73 del Código Penal.

den consultar las siguientes resoluciones: ATC 106/1997, de 17 de abril y SSTs de 11 de septiembre de 2000, 2 de junio de 1999 y 3 de marzo de 1998⁵.

Quedan fuera de la posibilidad de sustitución toda condena a pena privativa de derecho o de multa, salvo en caso de impago. Aunque el tenor del artículo parece no excluir la sustitución en caso de comisión de faltas parece desproporcionado en estos casos el sustitutivo penal en relación con la pena sustituida, sobre todo si no existe un límite inferior en el período de prohibición de entrada.

b) Residencia o hallarse legalmente

La primera condición que se exige para que proceda la sustitución de la pena por la expulsión es que el extranjero no sea residente legal en España, lo que obligará al Juez a realizar un análisis detallado de la situación personal del condenado a la luz de la legislación aplicable al caso.

En vez de no residente legal, debería decirse que no se halle legalmente en España, para dejar fuera de la aplicación de este precepto, entre otros a los estudiantes con tarjeta y a las personas que se encuentran en período de estancia. Además debería aclararse que el momento para valorar la estancia legal es el del momento de aplicar el sustitutivo penal, no en el momento de comisión del hecho, lo cual es coherente con el fundamento de los sustitutivos penales, que valoran las circunstancias postdelictuales y el arraigo actual, no el existente en el momento de comisión del hecho delictivo STS 919/2000, de 2 de junio.

También debería haberse regulado la posibilidad de aplicar este sustitutivo, a petición y con la voluntad del interesado, cuando éste sea residente legal, de no ser así hacemos de peor derecho al residente legal, que no podría acceder a este sustitutivo penal, que al irregular, que accedería siempre y casi automáticamente.

c) Momento de la sustitución

La sustitución de la pena privativa de libertad debe hacerse en la sentencia, importante novedad, pues obliga al juez sentenciador a ponderar en la causa todas las circunstancias que concurren, garantizando el debate contradictorio en el propio juicio, con audiencia del extranjero al que se garantiza el acceso al correspondiente recurso.

Como importante novedad el artículo señala que las penas serán sustituidas en la sentencia, una vez ponderadas por el juez sentenciador todas las circunstancias que concurren, lo que debe garantizar el debate contradictorio, con audiencia del extranjero al que se debe garantizar el

(5) Por el contrario el Fiscal Luis Fernández Arévalo mantiene que la expresión penas privativas de libertad impuestas permite establecer dos conclusiones: "(...) conforme a la dicción literal, y a un principio de proporcionalidad de la aplicación de la medida, la expulsión íntegra se supedita a que la suma aritmética de las penas impuestas en una sentencia sea inferior a 6 años, no resultando factible si se alcanzaran o excedieren de dicho cuanto, aun cuando ninguna de las penas concretamente impuestas lo alcanzara a título individual."

acceso al correspondiente recurso⁶. En este sentido, hay que tener en cuenta que el artículo 57.7 de la LOEx habla de sentencia firme.

La posibilidad de sustitución debe ir más allá del momento de dictar sentencia, ya que es probable que tengan que hacerse comprobaciones. Que el juez en el momento de dictar sentencia desconozca, por ejemplo, su situación legal o no en España. Por ello debería decir, lo mismo que dice el artículo 88.1 “antes de dar inicio a la ejecución”, o si se quiere en sentencia o en cualquier caso antes de dar inicio a su ejecución.

No debe olvidarse que la sustitución no es solo por la expulsión, sino también por la prohibición de entrada, por lo que debe decirse en este primer apartado.

El acuerdo deberá hacerse en la sentencia a instancia del Ministerio Fiscal. En el caso de interesarse así por el Ministerio Público la adopción aparece como categórica, si bien el Juez o Tribunal decidirá una vez apreciada la naturaleza del delito.

d) Audiencia de las partes

Aunque el artículo no lo recoge expresamente, parece evidente que junto a la audiencia del fiscal debe existir audiencia de las demás partes personadas y en particular la defensa, en garantía, del derecho de defensa, contradicción e igualdad de armas, de no ser así podría ser inconstitucional⁷. El mismo artículo 88 del CP reconoce la audiencia de las partes para la aplicación de los sustitutivos penales.

Como señala el Informe del CGPJ, p. 48:

“(...) siguiendo los criterios de la Sentencia del Tribunal Constitucional 242/1994, no sólo debe garantizarse la audiencia del Ministerio Fiscal sino también del interesado potencialmente sometido a la medida de expulsión pues «debe ofrecérsele una oportunidad adecuada de exponer sus razones a favor o en contra de la expulsión, lo que otorga al derecho de audiencia una extensión material que sobrepasa el marco del artículo 24 de la CE para introducirse en el ámbito de salvaguardia de la efectividad de otro derecho, constitucionalmente relevante del ciudadano extranjero (el del artículo 19 de la CE, en conexión con el artículo 13 del PIDCP)». También debe ser oído el perjudicado por el delito, en especial si la expulsión frustra, de existir, las expectativas de resultar indemnizado (...)”

e) Inaplicación del sustitutivo penal

Junto a la facultad de inaplicar el sustitutivo penal en base a la naturaleza del delito, debe aparecer la mención a las circunstancias familiares, sociales y personales que también pueda justificar su inaplicación, aun cuando tenga que ser motivada. Pensemos en persona con fuerte arraigo familiar en España, por ejemplo padre de hijo español y casado con española.

(6) Informe CGPJ citado, p. 47.

(7) Hay que tener en cuenta que no solo se trata de salvaguardar el derecho de defensa, sino el de la libertad de residencia y circulación en España.

Tal y como señala el Informe del CGPJ, p. 47, en el texto reformado:

“(...) la conveniencia de que la pena se cumpla en España, únicamente se refiere a la naturaleza del delito, concepto indefinido que no tiene en cuenta la gravedad, olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pueden concurrir y a las que alude el artículo 57.5 de la LO 4/2000, que aunque regula la expulsión como sanción administrativa, no puede ser despreciado si tenemos en consideración que el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta el arraigo familiar del extranjero a los efectos de suspender la orden de expulsión en innumerables sentencias como las de 18-9-1995, 19-9-1995, 4-10-1996, 4-11-1996, 13-12-1998, 26-5-1998, 9-2-1999, 4-10-1999, 15-11-1999, 18-7-2000, 25-11-2000, etc. Y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora la circunstancia de arraigo, que es extensible a la protección de la familia, o que la vida del extranjero pueda correr peligro o sea objeto de tortura o tratos degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión. Así, podemos citar las Sentencias de 18 de febrero de 1991 (As. Moustaquim), de 26 de marzo de 1992 (As. Beldjoudi), de 21 de junio de 1988 (As. Berrehab), de 30 de octubre de 1991 (As. Soering), de 15 de noviembre de 1996 (As. Cruz Varas) y de 2 de mayo de 1997 (As. Chahal). Del mismo modo la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, en su artículo 3.2 obliga a los Estados miembros a aplicar la Directiva respetando los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (...).”

f) Suspensión de la ejecución penal

Respecto a la inaplicabilidad de la suspensión de la pena, debe salvar los supuestos en que no sea procedente la expulsión por las circunstancias personales, sociales o familiares, donde sí debería ser posible acudir a la suspensión de la ejecución de la pena. En cualquier caso debería aclararse que lo que no permitiría aplicar los artículos 80 y 83, además de lo dicho, igual que el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización de residencia, es la ejecución de la expulsión, no el mero dictado, y ello con la finalidad de no condenar a personas, cuya ejecución no pudiera llevarse a efecto por cualquier causa, a un limbo jurídico.

El cumplimiento de la pena privativa de libertad, si la expulsión no puede llevarse a efecto, solo procederá si no es de aplicación la suspensión de la ejecución de la pena, o la aplicación de cualquier sustitutivo del artículo 88.

g) Límite de la prohibición de entrada

La prohibición de entrada debería tener un límite inferior y otro superior, el límite mínimo debería ser el mismo que la ley de extranjería, 3 años. No tener límite mínimo atentaría al principio de proporcionalidad. Pensemos en una pena de 2 arrestos de fin de semana (pena privativa de libertad) impuesta a un irregular, que se sustituye por la expulsión, el que no pueda volver en 10 años es una pena sustituta desproporcionada y atentatoria a la prohibición de trato inhumano y degradante. En todo caso el límite de la prohibición de entrada no debe ir más allá

del período de prescripción de la pena sustituida, en su caso con un límite mínimo, que perfectamente podría ser el de la suspensión de la pena, dos años.

h) Devolución⁸ o retorno

El apartado 3º debe decir devuelto o retomado, dependiendo por dónde pretenda entrar, ya que podría ser de aplicación el artículo 58.2 o el 60. No compartimos tampoco el inicio del cómputo de entrada. No dice, como se decía antes qué ocurre si ya es localizado dentro del territorio nacional, infringiendo la prohibición de entrada, si se aplica la devolución o cumplirá la pena, en este último caso debe existir unas reglas de conversión, ya que no es lógico que cumpla la pena concreta si ya ha cumplido casi todo el período de prohibición de entrada. Proponemos lo que en su día propuso el grupo de política criminal, un DÍA de prisión por cada tres días ausente del territorio nacional.

No prevé el texto comentado el cumplimiento de la pena sustituida en el caso de que no pueda procederse a su devolución. Lo que sí está claro es que a diferencia de la regulación anterior ha de primar la ejecución de la medida sustitutiva, que la ejecución de la pena sustituida.

C) La reforma del artículo 108 del Código Penal. La expulsión judicial sustitutiva de medidas de seguridad

Cuarto.—Se modifica el artículo 108 que queda redactado como sigue:

<p>Artículo 108.</p> <p>1. Si el sujeto fuere extranjero no residente legalmente en España, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables.</p>	<p>Artículo 108.</p> <p>1. Si el sujeto fuere 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.</p> <p>La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. En el supuesto de que, acordada la sustitución,</p>
---	---

(8) "La devolución del extranjero", *La Ley* revista nº 4114 de 1996. RODRÍGUEZ CANDELA J.L. y GARCÍA ESPAÑA, E.

Comentarios al proyecto de ley orgánica en materia de extranjería

III

<p>2. El sujeto a esta medida no podrá volver a entrar en España durante el plazo que se señale, sin que pueda exceder de diez años.</p>	<p>ción 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.</p> <p>2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de diez años, contados desde la fecha de su expulsión.</p> <p>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.</p>
--	--

El artículo 108 del Código Penal se modifica siguiendo los criterios establecidos en el artículo 89. Así se impone como obligatoria la medida de expulsión del extranjero no residente legalmente en España, en sustitución de cualquier otra que le fuera aplicable, 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. En este supuesto se contempla expresamente la audiencia del extranjero.

Por lo tanto, procede realizar las mismas apreciaciones críticas hechas al anterior precepto, en aquello que le sea aplicable.

De acuerdo con lo expuesto y de forma coincidente al contenido de lo expresado en el Informe emitido por el CGPJ, p. 51, en primer lugar, deberían tenerse en cuenta las circunstancias personales del extranjero para que el Juez o Tribunal pueda, motivadamente, no acordar la expulsión, buscando la integración armónica con los postulados connaturales a toda medida de seguridad, pues resulta imprescindible supeditar su acuerdo a que resulta aconsejable la adecuada prevención de la peligrosidad del extranjero.

Además convendría, con mayor motivo si nos hallamos en presencia de una medida de seguridad, el moderar el plazo de prohibición de regresar a España en función de las circunstancias personales, del delito cometido y de la medida que se hubiera impuesto de no tratarse de un extranjero. Debería en su caso, y dado que con frecuencia puede tratarse de inimputables, garantizarse la audiencia del representante legal de los mismos.

Asimismo debiera excluirse expresamente, ya que no entra dentro del fundamento de la medida de seguridad, el supuesto del tratamiento del enfermo y prevenir su peligrosidad criminal.

Nunca podría aplicarse el artículo 97 del CP, es decir, el control judicial de su cumplimiento y si tras la medida debe cumplir pena, esta ser la inviable.

A diferencia de la regulación anterior, la sustitución procede incluso contra medidas de seguridad no privativas de libertad.

D) La reforma del artículo 149.2 del Código Penal. Las mutilaciones genitales

Sexto.— Se modifica el artículo 149 que queda redactado como sigue:

<p>Artículo 149.</p> <p>El que causare 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 seis a doce años.</p>	<p>Artículo 149.</p> <p>1. El que causare 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 seis a doce años.</p> <p>2. El que causare a una mujer, cualquiera que fuere su edad, la ablación del clítoris u otra mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuere 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 diez años, si el Juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz.</p>
---	--

El supuesto ya está recogido en el artículo 149 actual y no salva tampoco los problemas de competencia si el hecho se realiza el extranjero, ya que se precisaría una reforma del artículo 23 de la LOPJ.

El apartado 2 que se introduce castiga expresamente con la pena de seis a doce años de prisión la mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones, práctica delictiva que atenta contra la dignidad de la persona humana, incluso imponiendo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años, si el Juez lo estima adecuado para el interés del menor o incapaz, dado que con frecuencia son los padres, tutores o guardadores de los mismos quienes por razones religiosas o culturales, que no pueden ser tenidas en cuenta, realizan estas conductas.

Por ello, y con el fin de garantizar la sanción penal, tal y como señala el Informe del Consejo General del Poder Judicial se debería proceder a reformar el artículo 23 de la Ley Orgánica del

Comentarios al proyecto de ley orgánica en materia de extranjería

III

Poder Judicial para incluir entre los delitos sobre los que se extiende la jurisdicción penal española, cualquiera que fuere el lugar de comisión del mismo, el de mutilación genital, cuando es cometido por personas que residen legalmente en España y que se sustraen a la justicia española desplazándose al extranjero para la comisión del delito. Sólo así se podrá evitar la práctica frecuente de que los padres o guardadores se desplacen temporalmente hasta sus países de origen, o aprovechen períodos vacacionales, para obligar a los menores a someterse a este tipo de mutilaciones.

E) La reforma del artículo 318 bis del Código Penal. El delito de inmigración clandestina⁹

Decimotercero.—Se modifica el artículo 318 bis que queda redactado como sigue:

<p>Artículo 318 bis.</p> <p>1. Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.</p> <p>2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.</p> <p>3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores, cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad.</p> <p>(Artículo 188.2. Será castigado con las mismas penas el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual emplean-</p>	<p>Artículo 318 bis</p> <p>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.</p> <p>2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión.</p> <p>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.</p>
--	---

(9) "Análisis del artículo 318 bis del C.P.", *Actualidad penal*, nº 29 año 2002. GARCÍA ESPAÑA, E, y RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.

do violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.)

4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades.

(Título incluido por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social).

4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 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 perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare 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.

El título XV bis del Código Penal bajo la rúbrica “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” contiene el precepto 318 bis, que de alguna forma viene a completar las previsiones contenidas en los artículos 312 y 313 del título XV “Delitos contra los derechos de los trabajadores”¹⁰. El precepto sufre una importante modificación en todos sus apartados.

El artículo 318 bis parece tutelar el mantenimiento controlado del flujo migratorio y el respeto de los derechos de los emigrantes, sin distinción e incorpora la protección de la libertad y la indemnidad sexual¹¹. El tipo básico refuerza el control administrativo del Estado en relación con la actividad migratoria. En las demás conductas castigadas se atiende a la dignidad de la persona tratando de evitar su explotación (especialmente por grupos organizados).

El tipo básico del apartado 1º amplía el ámbito punitivo del precepto al castigar la comisión, directa o indirecta realizada “por cualquier medio”, de las conductas descritas: la promoción, favorecimiento o facilitación del “tráfico ilegal” o de la “inmigración clandestina”, antes tan solo se penalizaba la autoría del tráfico ilegal. Equipara pues las conductas de colaboración o ayuda con las de autoría.

Sin embargo, y con carácter general habría que delimitar este precepto del artículo 54.1.b) de la LO 8/2000¹²

“Inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito”

y la única manera es entender de forma diferente los conceptos inmigración clandestina, del artículo 54 de la LO 8/2000 y el de tráfico del 318 bis. Lo que no resulta sencillo, así, el CGPJ en su informe entiende por tráfico ilegal, el movimiento o tránsito de personas contraviniendo las disposiciones normativas en la materia y la inmigración clandestina el llegar a otro país para establecerse en él de forma secreta u oculta, especialmente por temor a la ley o para eludirla. Como se comprueba la diferenciación del tipo penal y administrativo no queda resuelta.

(10) Artículo 312.1. “Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra. (*Apartado redactado según Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*) 2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”.

Artículo 313.1. “El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.

2. Con la misma pena será castigado el que, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país”.

(11) Vid. *Informe CGPJ*, p. 38.

(12) Artículo 54.1.b) de la LOEx: “Inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito”.

Quizás, para ello sería importante definir el concepto de tráfico ilegal de personas, cuando estas sean utilizadas como mercancía, y dejar la mera facilitación de la inmigración clandestina para la infracción administrativa. Ello en aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal, ya que carece de sentido que el tipo administrativo exija más condiciones, como ánimo de lucro o formar parte de una organización, que no exige el tipo básico penal.

Además la redacción del tipo es tan amplia que genera inseguridad jurídica, que si ya lo generaba antes, ahora lo es más, al introducir el concepto, “indirectamente”, de manera que cualquier ONG podría incurrir en el mismo si presta la ayuda solicitada o cualquier persona que no denuncie una llegada de inmigrantes en situación irregular.

Deben aclararse las palabras desde, en tránsito o con destino, ya que tal y como están colocadas, dejaría fuera a los trasladados desde Ceuta y Melilla a la península, por exigirse una transnacionalidad. En este supuesto, no es desde España (porque exige que el destino sea fuera de España), no es en tránsito (porque exige que tanto el origen como el destino sea fuera de España) y tampoco es con destino a España, ya que Ceuta y Melilla ya es España.

El incremento de la pena, antes de seis meses a tres años y ahora de cuatro a ocho años de prisión se pretende justificar con los “objetivos de armonización en la materia y una más eficaz lucha contra la trata de seres humanos promovida por la Unión Europea”¹³. Las Decisiones marco anotadas obligan a imponer penas máximas privativas de libertad no inferiores a ocho años cuando concurren los tipos agravados.

El apartado 2º introduce un elemento subjetivo constituido por el propósito de explotación sexual. Nos felicitamos que en el apartado 2º se haya colocado el actual 188.2, y pedimos lo mismo para el 313.1, ya que si la finalidad del objeto del tráfico y víctima del mismo es trabajador, el principio de especialidad beneficiaría injustamente al responsable, ya que acudiríamos al 313.1 y no al 318 bis. Por ello el 313.1 debe volcarse en el 318 bis, si se quiere como tipo agravado. Además, manteniendo el 313.1, no podremos aplicarle a ese precepto las agravaciones previstas en el 318 bis.

La aplicación de la pena accesoria prevista en el tipo comentado no solo debe ir referida a los supuestos de ese tipo agravado, sino a todos en que sea aplicable.

El tipo privilegiado solo debería ir referido a los tipos básicos. Y a lo sumo en el supuesto de tráfico con menores de edad, no a todos los subtipos agravados, como ahora está, ya que supondría un beneficio injustificable.

(13) Vid. *Informe CGPJ*, p. 40 que cita las Conclusiones del Consejo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999 y del Consejo Europeo de Santa María de Feira de 19 de mayo de 2000 y la Acción común 97/154/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 1997, artículo 3 y la Decisión marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002.

Las penas a imponer según este apartado 5 serían las de 8 a 12 años de prisión para el tipo básico, y las de 10 a 15 años de prisión si existiese propósito de explotar sexualmente a la víctima, superando ampliamente los 8 años previstos en el artículo 3 de la *Decisión marco de la Unión Europea 2002/629/JAI*.

Asimismo, se señala en el Informe del CGPJ

“El apartado quinto impone la pena superior en grado, en sus respectivos casos cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad o incapaz. Sin perjuicio del acierto de equiparar el incapaz al menor de edad, la agravación de la pena, en razón del riesgo creado para los bienes jurídicos personales de la víctima, que recaen sobre la vida, la salud y la integridad de las personas, en principio correcta, pasando de una situación de peligro abstracto a una de peligro concreto, puede plantear problemas ya que la notoria elevación de la pena puede resultar desproporcionada si no se determina el alcance de esa genérica puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas, ya que no se exige concreción alguna o al menos que sea grave o que la puesta en peligro se realice de forma deliberada o por grave negligencia, como exige el artículo 3 de la Decisión marco.”

En el *apartado séptimo* se establece la posibilidad de que los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, puedan imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada. Con ello se pretende suavizar la gravedad de las penas a las que antes hemos hecho referencia en aquellos supuestos, contemplados por la doctrina, en los que concurren por ejemplo, razones familiares o humanitarias que han dado lugar al tráfico ilegal o la inmigración clandestina. En este sentido hay que tener en cuenta que el artículo 1.2 de la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, establece que los Estrados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 (la ayuda a entrar o transitar por un estado miembro, vulnerando la legislación del mismo) en los casos en que el objetivo de esa conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

Por último, debemos llamar la atención sobre la conveniencia de modificar las penas con que se castiga a los autores de los delitos previstos en el artículo 313.1, pues la actualmente señalada, de dos a cinco años de prisión, es inferior, en general, a las previstas en el artículo 318 bis modificado aun cuando la conducta delictiva es objetivamente la misma pero encaminada, en aquel supuesto al tráfico de trabajadores.

III. MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

A) El artículo 57 de la LOEx¹⁴

Primero y Segundo.— Los apartados 4 y 7 del artículo 57 tendrán la siguiente redacción:

<p>Artículo 57. Expulsión del territorio.</p> <p>1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.</p> <p>2. Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.</p> <p>3. En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa.</p> <p>4. La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado.</p>	<p>Artículo 57. Expulsión del territorio</p> <p>4. La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.</p>
--	--

(14) "Las Expulsiones con intervención judicial en la Ley de Extranjería", *Cuadernos Jurídicos*, nº 28, marzo de 1995, año 31. RODRÍGUEZ CANDELA J.

Comentarios al proyecto de ley orgánica en materia de extranjería

III

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

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

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

7. Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida del territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la

7. a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administra-

Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si ésta resultara procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores del presente artículo, previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

No serán de aplicación las previsiones contenidas en el párrafo anterior cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 del Código Penal.

En el supuesto de que se trate de extranjeros no residentes legalmente en España y que fueren condenados por sentencia firme, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal.

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

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

tivo 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, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior.

b) No obstante lo señalado en la letra 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 las letras anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312; 318 bis; 515.6.º; 517 y 518 del Código Penal.

a) El artículo 57.4 de la LOEx 4/2000

Se introduce en el apartado un último párrafo acorde con el nuevo artículo 89 del Código Penal en el que se prevé que la expulsión del extranjero no residente legalmente en España, condenado a pena privativa de libertad inferior a seis años o a pena superior, cuando acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de condena, llevará consigo “el archivo de cualquier procedimiento que tuviere por objeto la autorización para residir o trabajar en España”, manteniendo en el apartado 4 la previsión de “la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado”.

Estimamos que tanto la extinción de la autorización como el archivo del procedimiento que tenga por objeto la autorización para residir, debe producirse cuando se pueda ejecutar la expulsión, y no solo tras el dictado, con la finalidad de evitar que la persona quede irregular pese a no poder expulsársele, con el drama humano que ello supone, por impedirle ganarse la vida dignamente y someterlo a la exclusión social y a una situación de riesgo y marginalidad. Evitar en definitiva el drama de los inexpulsables.

b) El artículo 57.7 de la LOEx 4/2000

En el apartado 7 se regula la autorización judicial de expulsión.

Se prevé la concesión de la autorización por el Juez incluso cuando el extranjero se encuentre inculcado en un procedimiento por falta o cuando se prevea una pena de naturaleza distinta de la de prisión.

Para que la autorización proceda basta con que el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta, la expulsión en este caso tendría cobertura por el artículo 3.1.b) de la Directiva 2001/4//CE del Consejo (existencia de sospechas fundadas de que un nacional de tercer país ha cometido hechos punibles graves o existencia de indicios reales de que tiene la intención de cometer tales hechos).

Supone la renuncia al *ius puniendi* siguiendo un criterio de oportunidad que da preferencia a la actividad administrativa frente a la jurisdiccional, siendo el único supuesto de sustitución del proceso previsto en nuestro ordenamiento.

Es necesario que se trate de un extranjero procesado o inculcado, de donde se deduce que debe existir auto de procesamiento o escrito de acusación, pues antes de esta fase es improcedente, entre otras razones, porque no se contará con elementos suficientes para motivarlo adecuadamente como exige la jurisprudencia constitucional más reciente.

La reforma 8/2000 sustituyó la palabra “encartado”, por la de “inculcado”, concepto jurídico que desde nuestro punto de vista tenía diferente significado y suponía distintas etapas procesales. Entendemos que una cosa es la primera declaración del presunto responsable, ante la autoridad judicial, con la lectura de todos sus derechos, y asumiendo el estatus de imputado, conforme al artículo 788 de la LECrim. Y otra bien distinta es el momento procesal donde se dicta el auto de procedimiento abreviado (también conocido como auto de PA o de inculpación), que como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional en STC 186/1990, de 15 de noviembre, tiene un contenido material con un doble pronunciamiento, en primer lugar la finalización de las diligencias de investigación y en segundo lugar la fijación de los hechos que podrán ser objeto de acusación, a fin de no producir acusaciones sorpresivas. Es decir, el auto dictado al amparo del artículo 789.5. 4ª y 790 de la LECrim. Supone, por exclusión, que los hechos son de los del ámbito del procedimiento abreviado, rechazando cualquier otro pronunciamiento, tales como el sobreseimiento, el cambio de jurisdicción y el que sea un hecho propio del Sumario Ordinario o constitutivo de falta.

Por ello, con independencia de que ese auto se llame o no de inculpación, lo cierto es que hasta esa fase procesal el imputado no adquiere esa cualidad, ya que podría ser procesado, o denunciado por una falta, o ni tan siquiera eso al no ser los hechos constitutivos de infracción penal. Además eso es a lo que se refiere el artículo 57.7 de la Ley de extranjería, que lo coloca en paridad al procesamiento, cuando dice “inculpado o procesado”. También el procesado es previamente imputado, mientras se tramitan las Diligencias Previas, y a nadie se le ocurriría decir que procesado a estos efectos es igual a imputado, como pretende el juzgador a *quo* respecto a la inculpación.

Además el auto del artículo 789.5.4º y 790 de la LECrim, debe ser notificado a la parte, según ha mantenido la jurisprudencia y la propia Audiencia Provincial de Málaga, por lo que desde dicha notificación adquiriría ese estatus.

En este sentido y dado que en el juicio de faltas no existe acto formal de imputación y sin que sea posible asimilar a la misma la simple denuncia o la querrela, no parece razonable incluir en el artículo que comentamos la referencia a las faltas. En este caso, al ser formulada la acusación en el acto mismo del juicio, una vez concluidas las fases de alegaciones y prueba, tan sólo resta dictar sentencia y, por lo tanto, la medida de expulsión debería en todo caso acordarse al amparo de lo previsto en el artículo 89 del CP, si procediera la sustitución de la pena impuesta, o en el artículo 108 del CP, si se acordase la expulsión como sustitutiva de una medida de seguridad. Por otra parte, la previsión contenida en los artículos 962 y siguientes de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de que los juicios de faltas se tramiten como juicios rápidos, hace que en la práctica no pueda procederse a la expulsión.

El Juez habrá de tener en cuenta que las únicas causas por las que se puede, en su caso, acordar la expulsión y por tanto autorizarla son las tipificadas como muy graves en el artículo 54 de la LO o las graves de los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53, así como la del propio artículo 57.2, haber sido condenado el extranjero, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Conforme a la doctrina constitucional ya señalada expuesta (STC 1242/1994), resulta indispensable dar traslado a las demás partes personadas e inexcusable oír al interesado.

Se fija un breve plazo, nunca superior a tres días, para que el juez autorice la expulsión, salvo que motivadamente aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.

La letra b) del apartado 7 del artículo 57 contempla la autorización para la salida voluntaria, que no presenta problemas especiales una vez que se adopten las cautelas previstas en la Ley de enjuiciamiento Criminal, debiendo extender el trámite de audiencia a las partes personadas. Debería aclararse en todo caso que no se trata de una salida provisional como la del 785.h) de la LECrim, ya que no tendría sentido, sobre todo por las dificultades de retomo para juicio, se le condenaría a una busca y captura. Además si el 785.h) lo prevé con exclusividad para los delitos contra seguridad en el tráfico, carece de sentido que la Ley de Extranjería, ya desde 1985, lo permita para todos, hubiera sido innecesario introducir el 785.h). Por ello entendemos que la auto-

rización de salida es de aquel que no está irregular, y que quiere abandonar definitivamente España, al menos hasta tanto no prescriba el delito o la falta. Esto debe aclararse.

Habría que salvar la responsabilidad civil haciendo mención al artículo 635 de la LECrim. Que es el que prevé que las piezas de convicción quedaran retenidas en poder del juzgador hasta que se estable la reclamación civil, si no, tras el archivo por la expulsión habría que devolverlas al que las poseyere en el momento de la incautación que puede ser el presunto responsable. Si no existe declaración de responsabilidad penal, ni por lo tanto, civil, mal iba a poder exigirse la restitución o la responsabilidad civil, se deja indefensa a las víctimas.

B) El artículo 62 de la LOEx

Tercero.—El apartado 1 del artículo 62 tendrá la siguiente redacción:

<p>Artículo 62. Ingreso en centros de internamiento</p> <p>1. Cuando el expediente se refiera a extranjeros por las causas comprendidas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como a), d) y f) del artículo 53, en el que se vaya a proponer la expulsión del afectado, la autoridad gubernativa podrá proponer al Juez de Instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador. La decisión judicial en relación con la solicitud de internamiento del extranjero pendiente de expulsión se adoptará en auto motivado, previa audiencia del interesado.</p>	<p><i>62. Ingreso en centros de internamiento</i></p> <p><i>1. Incoado el expediente por las causas comprendidas en las letras 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, la autoridad gubernativa 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.</i></p> <p><i>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.</i></p>
--	---

La nueva redacción pretende dotar de elementos de motivación al juez en el momento de dictar el auto por el que acuerda el internamiento del extranjero incurso en un procedimiento de expulsión, pues explícitamente alude a que deberá tener en cuenta las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la exis-

tencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes.

La autoridad administrativa que debe solicitar el internamiento, a la que se refiere, debe ser el órgano competente para resolver el expediente, que es el competente para acordar medidas cautelares, incluso si estas precisan la habilitación judicial, al afectar a derechos fundamentales, artículo 1 de la LO 4/2000.

Es el momento de trasladar la competencia para el internamiento a los juzgados de lo contencioso en aquellas localidades donde existan y en los días y horas hábiles, mientras no están de guardia, dejando el juez de guardia para los demás casos. La propia LRJCA, en su artículo 8.5, regula competencias de auxilio judicial para procesos administrativos, cual es el caso que nos ocupa, así descriminalizaríamos la conducta del inmigrante y no le confundiríamos con delinquentes en el juzgado de guardia.

IV. MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

A) El artículo 9.2 del Código Civil

Primero.—La rúbrica del capítulo XI del título IV del libro I quedará redactada: “Ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio”.

Segundo.—El segundo párrafo del apartado 2 del artículo 9 del Código Civil quedará redactado:

<p>Artículo 9</p> <p>2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.</p> <p>La separación y el divorcio se regirán por la ley que determine el artículo 107.</p>	<p>Artículo 9</p> <p>La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107.</p>
--	---

Comentarios al proyecto de ley orgánica en materia de extranjería

III

Se procede a reformar las normas de derecho internacional privado aplicables a la nulidad, la separación y el divorcio, comenzando por el cambio de la rúbrica del capítulo XI del título IV del libro I del Código Civil que pasa a ser la de “Ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio” y modificando el párrafo segundo del artículo 9.2 del Código Civil, introduciendo en él la necesaria referencia a la nulidad matrimonial que, junto a la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107.

B) El artículo 107 del Código Civil

Tercero.—El artículo 107 del Código Civil quedará redactado:

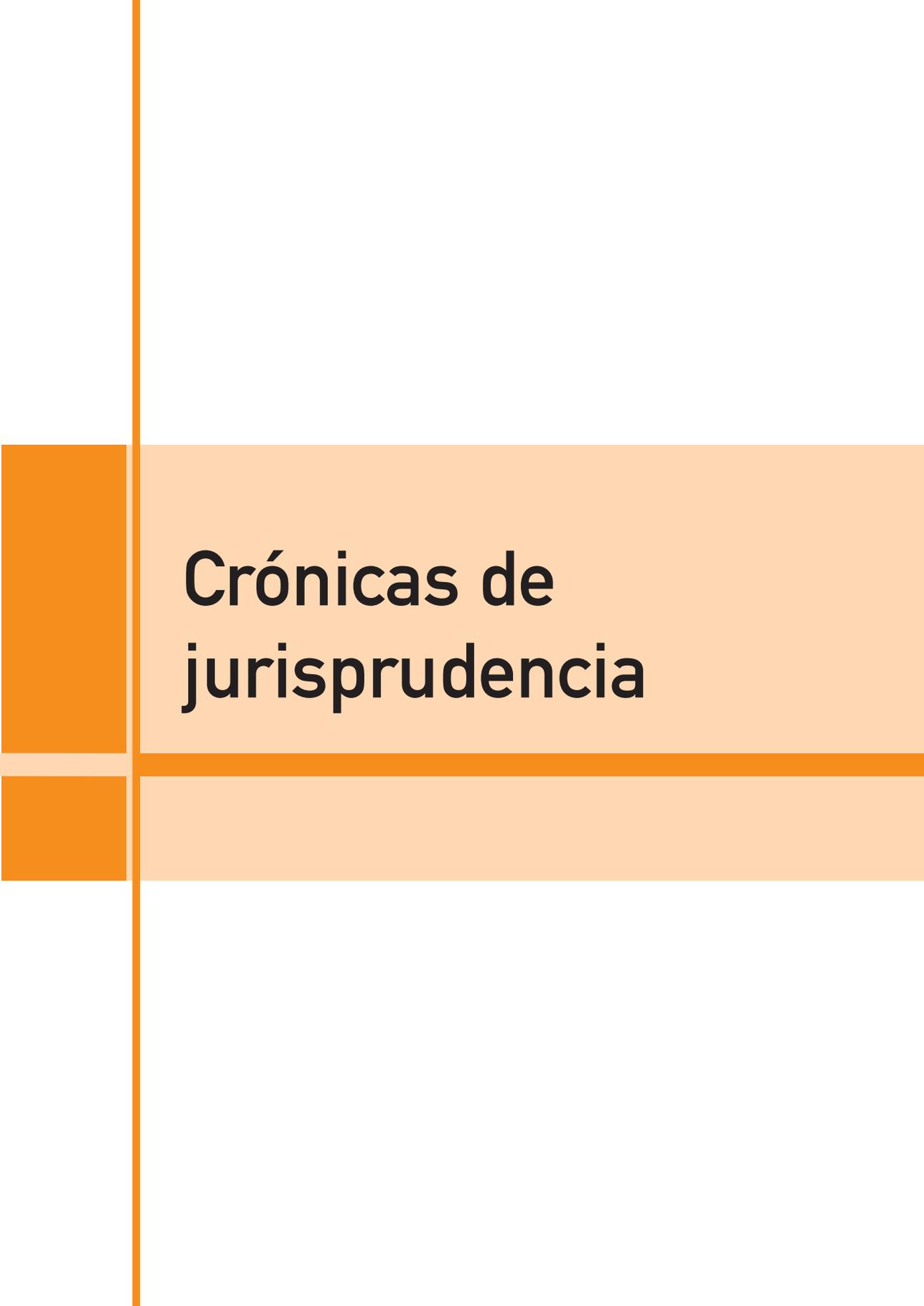
<p>Artículo 107</p> <p>La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes.</p> <p>Las sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.</p>	<p>Artículo 107</p> <p>1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.</p> <p>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:</p> <p>a) Si no resultare aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>
---	--

Este artículo es objeto de una más amplia modificación, incluyendo en primer lugar la necesaria referencia a que “la nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración”.

Se permite ahora, a través de la ley española, el acceso a la separación y el divorcio en aquellos casos en los que la ley aplicable no lo hacía posible o lo hacía de forma discriminatoria, dando cumplimiento a cuanto establecen los artículos 2 y 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al reconocer la igualdad de derechos y libertades sin distinción alguna por razón de sexo, también en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio y a lo previsto en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 34/180, de 18 de diciembre de 1979, en cuyo artículo 16 se obliga a los Estados Parte a adoptar medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y, en particular, asegurar los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución.

Esta reforma legal la consideramos igualmente innecesaria, ya que las normas de conflicto del artículo 12.3 del Cc deja claro que en ningún caso será de aplicación la ley extranjera cuando resulta contraria al orden público, como sería una norma discriminatoria.

Por último señalar que la disposición final primera del proyecto atribuye carácter de Ley ordinaria al artículo tercero.



Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 5 de diciembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 623/2001.

Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas.

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

Resumen: La Audiencia desestima el recurso interpuesto en representación de doña M.P.H., nacional de Cuba, contra las resoluciones del Ministerio del Interior por las que se inadmitió a trámite su solicitud para la concesión del derecho de asilo y se desestimó la petición de reexamen presentada frente a aquella inadmisión.

“En la solicitud de asilo presentada el 14 de abril de 2001 don A.R.S. (que actuaba en su propio nombre y en el de la aquí demandante Sra. P.H.) alegaba que en Cuba no hay derechos humanos; no hay libertad de palabra; no hay facilidades para viajar a otros países. También manifestaba que no había tenido problemas en su trabajo ni con las autoridades de su país, porque siempre se ha mantenido en silencio, y nunca había estado detenido. (...).

La petición de reexamen presentada con fecha 17 de abril de 2001 no aportó datos nuevos sino que ratificó las manifestaciones realizadas en la solicitud originaria, y por su parte ACNUR dictaminó que no había razones para modificar su anterior informe. (...).

Atendiendo a los principios expuestos y a la plasmación que de ellos se hace en el articulado de la Ley, esta Sala viene declarando que esta fase previa comporta una potestad mediante la cual la Administración, a la vista del contenido de la solicitud, puede

inadmitirla a trámite si concurre alguna de las circunstancias que enumera el artículo 5.6 de la Ley 5/1984 (añadido por Ley 9/1994), y tratándose de solicitud presentada en frontera, si el extranjero solicitante carece además de los requisitos para entrar en España al amparo de la legislación de extranjería.

El escrito de demanda presentado en el curso de este proceso no aporta datos nuevos ni aduce argumentos que vengan a desvirtuar las razones dadas por la Administración para inadmitir a trámite la solicitud de asilo.

En efecto, las manifestaciones contenidas en la demanda ponente de manifiesto que los hechos alegados por en la solicitud de asilo presentada por don A.R.S. —a la que se acoge la aquí demandante— denotan una disconformidad con el sistema político imperante en su país y un deseo de abandonar Cuba, pero de tales manifestaciones no se infiere —y menos aún se acredita, aunque sólo sea de forma indiciaria— que el Sr. A. o la Sra. P.H. hayan sufrido persecución o alberguen el temor fundado a padecerla por razones políticas o ideológicas, y, más bien al contrario, el primero de los citados manifestó expresamente que nunca ha estado detenido ni ha tenido problemas con las autoridades de su país.

Debe entonces considerarse ajustada a derecho la resolución que acordó inadmitir a trámite la solicitud de asilo.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 5 de diciembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 625/2001.

Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas.

Voz: Asilo. Inadmisión. Desestimatoria. Nacional de Cuba.

Asilo

Resumen: La Audiencia desestima el recurso interpuesto en representación de don G.A.R.D., nacional de Cuba, contra las resoluciones del Ministerio del Interior por las que se inadmitió a trámite su solicitud para la concesión del derecho de asilo y se desestimó la petición de reexamen presentada frente a aquella inadmisión.

“En la solicitud de asilo presentada el 31 de marzo de 2001 el ahora demandante alegaba que en Cuba no se siente una persona libre donde rige un solo partido que nunca ha aceptado. Desde que amanece te están violando todos los derechos como persona y ser humano y tienes que aceptarlo porque ¿a dónde te vas a quejar? No se puede vivir toda una vida con doble personalidad, pensando una cosa y teniendo que hacer otra. ¿Por qué tiene que ir a una marcha si no está de acuerdo?, ¿por qué tiene que gritar «revolución» si no lo desea?. Solo quiere que en este país le concedan la oportunidad de sentirse libre y con todos sus derechos como ser humano.

Siendo estos, en síntesis, los términos en que se formuló la solicitud de asilo, el Ministerio del Interior decidió inadmitirla a trámite por la causa prevista en el artículo 5.6.b) de la Ley reguladora del derecho de asilo señalando a tal efecto la resolución que el solicitante no alega en su petición ninguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 o en la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994 (...).

En la petición de reexamen presentada con fecha 3 de abril de 2001 el ahora demandante añadía que los motivos alegados en su solicitud de asilo no son genéricos sino de carácter personal pues dado su nivel de estudios, es ingeniero naval, ha podido contrastar la situación política de Cuba, con la que está en total desacuerdo, y el régimen ha tomado represalias contra él, como, por ejemplo, dándole un puesto de trabajo en un almacén y no dándole trabajo de acuerdo a su estudios. Por otra parte, tiene el temor fundado de que si lo devuelven a Cuba el Gobierno de aquel país puede encarcelarlo y por ello, en aplicación del artículo 33 del Convenio de

Ginebra (principio de «no devolución») solicita con carácter subsidiario la aplicación de ese precepto.

(...) las manifestaciones contenidas en la demanda no vienen sino a corroborar lo que ya señaló la Administración en el acto recurrido, esto es, que los hechos alegados por el solicitante denotan su disconformidad con el sistema político imperante en Cuba y su deseo de abandonar Cuba, pero de las manifestaciones del recurrente no se infiere —y menos aún se acredita, aunque sólo sea de forma indiciaria— que haya sufrido persecución o albergue el temor fundado a padecerla por razones políticas o ideológicas. En consecuencia, debe considerarse ajustada a derecho la resolución que acordó inadmitir a trámite la solicitud de asilo al amparo de lo previsto en el artículo 5.6.b) de la Ley 5/1984 añadido por la Ley 9/1994.

Y en cuanto a la petición, que el demandante formula con carácter subsidiario, de que se aplique el principio de «no devolución» (*non refoulement*) al amparo de lo dispuesto en el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951, si bien se constata que la resolución que desestimó la petición de reexamen no se pronunció expresamente sobre esta cuestión que había sido planteada, lo cierto es que ni al plantearla entonces en su petición de reexamen ni en el curso de este proceso el demandante ha aportado datos que sirvan de respaldo a su afirmación de que puede ser encarcelado a su regreso a Cuba. Más bien al contrario, el hecho de que el demandante y su esposa saliesen de Cuba con autorización de las autoridades de aquel país y provistos de pasaportes (...) es un dato que no respalda precisamente la alegación de sufrir persecución ni la relativa al temor fundado a padecerla a su regreso a Cuba.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 5 de diciembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 627/2001.

Asilo

Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas.

Voz: Asilo. Admisión a trámite. Nacional de Cuba.

Resumen: La Audiencia estima el recurso interpuesto en representación de don D.M.V., nacional de Cuba, contra las resoluciones del Ministerio del Interior por las que se inadmitió a trámite su solicitud para la concesión del derecho de asilo y se desestimó la petición de reexamen dirigida contra aquella inadmisión a trámite.

“En la solicitud de asilo presentada el 31 de marzo de 2001 el ahora demandante alegaba que está perseguido por el compañero Jefe de Sector de su pueblo, que todo el día lo estaba buscando, citándolo y acusándolo de cosas absurdas como hurtos o sacrificios de ganado; la última citación fue el 23 de marzo de 2001. Todo se debe a que el citado jefe de Sector está casado con la anterior esposa del solicitante y tenía celos de verle contento y quería meterlo preso. Y preguntado expresamente sobre si tiene algún otro motivo para solicitar asilo el ahora recurrente manifestó que no, y añadió que quiere trabajar en España (...). Luego, en la petición de reexamen presentada el 3 de abril de 2001 el solicitante de asilo menciona, por primera vez, que sufre persecución por sus ideas políticas, que la Policía lo tiene fichado y utiliza información de confidentes para recopilar datos sobre su persona, todo lo cual le crea un clima de presión que le hace insostenible la vida en su país (...).

Una vez recabado el parecer de ACNUR —que se mostró conforme con la inadmisión a trámite tanto en su informe inicial como en el emitido tras la petición de reexamen— el Ministerio del Interior dictó resolución, luego confirmada al denegar la petición de reexamen, en la que efectivamente se acuerda inadmitir a trámite la solicitud (...).

(...) en el caso que ahora nos ocupa el demandante aduce la conculcación de las normas procedimentales aplicables y, más concretamente, la inobservancia del plazo en el que, por tratarse de una solicitud de asilo presentada en la frontera, debió notificarse el acto que resolvió su petición de reexamen.

La solicitud de asilo había sido presentada en el puesto fronterizo del aeropuerto de Madrid-Barajas el día 31 de marzo de 2001 a las 12.40 horas, y su inadmisión a trámite fue acordada por resolución de 3 de abril de 2001 notificada a las 10.40 horas de ese mismo día. Siendo ello así, a las 11.30 horas del día 3 de abril de 2001 el Sr. M.V. presentó petición de reexamen que fue desestimada por resolución fechada a 5 de abril de 2001 y notificada a las 13.25 horas de ese mismo día.

(...) la resolución por la que se inadmitió a trámite la solicitud de asilo presentada en la frontera sí fue dictada y notificada dentro del plazo de cuatro días establecido en el artículo 5.7 de la Ley 5/1984, añadido por Ley 9/1994; pero, en cambio, la desestimación de la petición de reexamen fue notificada cuando ya había transcurrido el plazo de dos días establecido para dicho trámite en el párrafo segundo del propio artículo 5.7, pues, como ya ha declarado esta Sala en ocasiones anteriores, una interpretación armónica con lo dispuesto en el propio precepto con relación a la presentación de la petición de reexamen —para lo cual la norma concede al solicitante de asilo un plazo de *veinticuatro horas*— conduce a interpretar aquel plazo de dos días como un plazo de *cuarenta y ocho horas* que, por tanto, debe computarse a partir de la hora precisa en que se presentó la solicitud de reexamen (sobre el cómputo del mencionado plazo puede verse nuestra Sentencia de 10 de enero de 1998 en Recurso 2780/95).

Y una vez constatado que la Administración no respetó el plazo dentro del cual debería haber notificado la resolución del reexamen, la consecuencia de este incumplimiento —como ha destacado esta Sala en Sentencia de 6 de abril de 2001 dictada en Recurso 251/00— viene establecida de modo taxativo y concluyente en el último párrafo del propio artículo 5.7: «... determinará la admisión a trámite de su solicitud y, de conformidad con lo dispuesto en el número 2 del artículo cuarto, la autorización de la entrada del solicitante en el territorio nacional».

Asilo

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 5 de diciembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 615/2001.

Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas.

Voz: Asilo. Inadmisión a trámite. Nacionales de Georgia.

Resumen: La Audiencia desestima el recurso interpuesto en representación de don K.K. y doña M.M., contra resolución del Ministerio del Interior que inadmitió a trámite su solicitud de asilo.

“En la solicitud de asilo presentada el 12 de diciembre de 2000 (...) el ahora demandante alegaba que se casó en 1993, siendo su suegro checheno y su suegra abjasas; en octubre de 1993 se marchó a luchar en Abjasia en el grupo de *Beli ariol*. En febrero de 1994 mataron a un amigo suyo que luchaba con él y debido a esto cayó en un estado de estrés. Sus suegros se marcharon del país —fueron a Grozni, la capital de Chechenia— y su esposa, que quedó sola en casa, fue sometida a humillaciones por la población local y por la Policía y tuvo que irse a vivir a casa de los padres de él. Él tenía muchos problemas por causa de su familia que no es georgiana; en una pelea su padre fue herido en el abdomen y él golpeó al agresor rompiéndole la cabeza; fue detenido y llevado a la cárcel donde le estuvieron agrediendo; al cabo de dos meses le ingresaron en el hospital, de donde le ayudaron a escapar unos amigos de su padre a los que éste había pagado para que le ayudasen. Estuvo escondido porque la Policía lo buscaba y los perseguían porque el apellido de su esposa no es georgiano. A finales de agosto de 1995 se fue a Moscú con su esposa y en enero de 1996 marcharon a la región de Podmiskovie. En esa época empezaron los problemas de Rusia con Chechenia y de nuevo empezaron a buscarlo en Georgia. En enero de 1997 fallecieron los padres de su esposa en los bombardeos de Grozni y desde entonces ella «murió espiritualmente». Vivieron en Moscú hasta el 28 de septiembre de 2000. En este período los chechenos hicieron explotar una finca y ellos tenían miedo de salir a la calle: Decidieron salir del país y lo hicieron en autobús (...). Por lo demás, el propio solicitante de asilo

manifiesta que en su viaje hacia España partiendo de Rusia pasó por Ucrania, Polonia, Alemania y Francia.

Siendo esos los términos en que se formuló la solicitud de asilo, ACNUR emitió informe en el sentido de que debía admitirse a trámite la solicitud teniendo en cuenta que el solicitante había alegado haber abandonado Georgia debido al hostigamiento sufrido por el origen no georgiano de su esposa y de la familia de ésta.

Pese a lo informado por ACNUR el Ministerio del Interior decidió inadmitir a trámite dicha solicitud (...).

Por lo pronto, teniendo en cuenta que los únicos datos relativamente concretos incluidos en el relato del solicitante de asilo se refieren a acontecimientos alejados en el tiempo (años 1993 a 1996), limitándose a formular alegaciones genéricas con relación a lo ocurrido después de aquel período y hasta que salieron de Moscú en agosto de 2000, lo cierto es que en el curso de este proceso la parte demandante no ha aportado nuevos datos orientados a suplir o a complementar aquel relato impreciso siendo así que precisamente su falta de concreción fue determinante de que la Administración lo considerase inverosímil. En consecuencia, debe considerarse ajustada a derecho la resolución ministerial que inadmitió a trámite la solicitud de asilo al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.6.d) de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.

Por otra parte, tampoco se ha desvirtuado en la demanda —ni siquiera se menciona— el segundo motivo aducido en la resolución recurrida para inadmitir a trámite la solicitud de asilo y que es el previsto en el artículo 5.6.f) de la propia Ley, esto es, el hecho de que antes de llegar a España el recurrente hubiese transitado por varios países que ofrecen plenas garantías en orden a la protección de sus derechos y en los que, sin embargo, no formuló petición de asilo.”

Asilo

(Véase en este sentido la Sentencia de la AN de 5 de diciembre de 2002; Rec. Contencioso-Administrativo 595/2001.)

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 9 de diciembre de 2002.

Recurso de Casación: 6154/1998.

Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate.

Voz: Concesión del derecho de asilo. Indicios suficientes. Nacional de Liberia.

Resumen: El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso sostenido por la representación de don E.S.J., contra la sentencia pronunciada por la Audiencia Nacional, al tiempo que anula la resolución por la que se mantuvo la denegación del derecho de asilo del recurrente, al no ser ésta ajustada a derecho. El Supremo declara que el recurrente reúne los requisitos para ser considerado como refugiado y por consiguiente tiene derecho a la concesión del asilo en España.

“La Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó, con fecha 12 de mayo de 1998, sentencia en el recurso contencioso-administrativo nº 437 de 1997, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Fallamos: Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de E.S.J. contra la Resolución del Ministro del Interior de fecha 12 de diciembre de 1996 que mantiene la denegación del derecho de asilo a E.S.J., nacional de Liberia, con la salvedad expresada en dicha Resolución. La cual declaramos ajustada a Derecho. Sin imposición de costas».

La indicada sentencia expresa en el único fundamento jurídico que contiene las razones por las que la Administración ha denegado el derecho de asilo al demandante y recoge las razones aducidas por éste para reclamar su condición de refugiado, cual son su salida del Frente Patriótico Nacional de Liberia y la persecución sufrida, exponiendo tras ello su temor por la vuelta a su país de origen, dado que había desempeñado cargos de responsabilidad polí-

tico militar participando en la guerra de Liberia, pero, después de recoger los trazos del ordenamiento jurídico aplicable y alguna doctrina jurisprudencial al respecto, declara literalmente que «partiendo de tal previsión legal tomando en consideración el informe del Alto Comisionado para los Refugiados en España y apreciando que el solicitante no ha demostrado suficientemente su pertenencia a la categoría de personas que pueden ser consideradas como refugiados, puesto que tan sólo acredita su afiliación al partido (...), no procede estimar la pretensión del demandante respecto al reconocimiento del derecho de asilo y condición de refugiado. Y ello sin hacer pronunciamiento sobre la petición subsidiaria de que se le reconozca la condición de desplazado, (...)»

Del pasaporte del recurrente, del documento de su afiliación al (...), del certificado expedido por el asilado político y presidente de la Asociación de Liberianos en España, del informe de Amnistía Internacional, emitido por su coordinadora en España para los refugiados, y de las múltiples noticias aparecidas en la prensa española, cuya copia aparece en los autos, así como del parecer del ACNUR favorable al reexamen de la solicitud de asilo del Sr. S.J., se deduce que, en el mes de agosto de 1994, el Frente Patriótico Nacional Liberiano (NPFL), al que aquél ha pertenecido, había ejecutado sin juicio a ochenta de sus hombres y había torturado y dado muerte al (...) líder del indicado Frente Patriótico, (...) siendo el solicitante de asilo, Sr. S.J., buscado en su país (...) por las Fuerzas Gubernamentales, resultando en julio de 1997 ganador de las elecciones celebradas en Liberia el mencionado líder del Frente Patriótico Nacional de Liberia, cuando el solicitante de asilo Sr. S.J. ya se encontraba en España, donde había arribado en julio de 1995, formulando en el Aeropuerto de Las Palmas de Gran Canaria la solicitud de asilo, alegando en todo momento, sin contradicción alguna, que había pertenecido al mencionado Frente Patriótico Nacional de Liberia, del que había salido por no estar dispuesto a continuar en la guerra, lo que le había acarreado varios meses de arresto, habiendo

prestado servicios de guardia en el Cuartel General que el citado movimiento tenía (...) y como vigilante de la seguridad personal (...).

Los referidos hechos, en contra del parecer de la Sala de instancia, constituyen indicios suficientes, (...), para deducir que el solicitante de asilo, ahora recurrente en casación, reúne los requisitos (...), a fin de reconocerle la condición de refugiado, y, por tanto, el derecho de asilo en España, (...).

(...) por haber indicios suficientes de que el recurrente tiene fundados temores de ser perseguido en su país por sus opiniones políticas, procede concederle el asilo pedido (...).”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 12 de diciembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 901/2001.

Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas.

Voz: Asilo. Denegación. Nacional de Colombia.

Resumen: La Audiencia desestima el recurso interpuesto por don C.D.L.L.A., nacional de Colombia, contra la resolución que denegó su solicitud de reconocimiento del derecho de asilo.

“En el caso que nos ocupa el ahora recurrente presentó su petición de asilo el 11 de enero de 2000 junto con otros miembros de su familia (sus padres así como, el hermano y la hermana) y vincula su petición al relato formulado por su padre, don L.L.P., que alegaba haber sufrido amenazas y extorsiones desde el año 1990 por parte del grupo guerrillero Ejército de Liberación Nacional (ELN) como de los paramilitares que operan en Colombia, habiéndose producido en 1999 el secuestro de don D.L.L.P., tío del ahora demandante, y habiendo recibido la familia en noviembre de 1999 varias comunicaciones amenazantes —entrega en mano de una esquila y llamada telefónica— en las que, por negarse a colaborar con la organización ELN, les daban un plazo de 72 horas para abandonar Colombia bajo amenaza de

muerte. Y precisamente porque el demandante suscita su petición de asilo en el mismo relato formulado en su día por su padre, en el curso de este proceso la parte actora propuso y esta Sala acordó traer a las actuaciones testimonio de particulares provenientes del expediente administrativo correspondiente al Recurso 999/01 promovido por don L.L.P., padre del Sr. L.L.A. aquí recurrente (...).

Pues bien, esas alegaciones y los elementos de prueba aportados por el padre del demandante y reiterados ahora por éste ya fueron examinadas en la Sentencia de esta Sala de 27 de septiembre de 2002 que resolvió el Recurso 999/01. Decíamos entonces, y reiteramos ahora, que «... es totalmente creíble la versión que nos ofrece el recurrente, pero lo cierto es que del expediente no se deduce, ni siquiera de forma indiciaria, que la persecución se deba a razones de índole política o ideológica, sino que es fruto de la situación de inseguridad y violencia generalizada que vive Colombia...».

En definitiva, tratándose del mismo relato y de elementos de prueba sustancialmente coincidentes, no procede sino reiterar aquí la conclusión de que los datos y documentos aportados por el solicitante no acreditan, siquiera sea de forma indiciaria, la existencia de una persecución —o su temor fundado a padecerla— por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, con lo cual no concurre el presupuesto necesario para el reconocimiento del derecho de asilo (...).”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 12 de diciembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 951/2001.

Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas.

Voz: Asilo. Inadmisión. Nacional de Colombia.

Resumen: La Audiencia desestima el recurso interpuesto en representación de don A.I.M.C., nacional de Colombia, contra las resoluciones del Ministerio del Interior de 21 y 23 de mayo de 2001 por las que se inadmitió a trámite su solici-

Asilo

tud para la concesión del derecho de asilo y se desestimó la petición de reexamen formulada contra aquella inadmisión a trámite.

“En la solicitud de asilo presentada el 18 de mayo de 2001 el ahora demandante alegaba que en el año 1995 su hermano (por parte de padre) fue asesinado por su esposa que, por causa de los celos, contrató a dos personas para que matasen a su marido. Uno de los asesinos se encuentra en busca y captura pero la mujer y el otro sicario fueron juzgados y condenados por ese delito (sabe que ella continúa en prisión e ignora si el sicario condenado sigue en la cárcel). Él no presenció la muerte de su hermano pero sí fue testigo otro hermano que está en Miami. Como consecuencia de todo aquello comenzó a recibir amenazas telefónicas en noviembre de 2000. Hasta esa fecha no recibió amenazas porque de Sincelejo se marchó a Cartagena (en respuesta a las preguntas que se le formularon durante sus manifestaciones el solicitante de asilo incurrió en varias contradicciones sobre las fechas en que marchó a Cartagena y regresó a Sincelejo). Ante la Procuraduría Provincial de Sincelejo explicó su desplazamiento a Cartagena como «víctima de la violencia socio política que afecta al país» porque no tiene certeza de quiénes son los autores de las amenazas aunque supone que tienen que ver con la muerte de su hermano.

Siendo éstos, en síntesis, los términos en que se formuló la solicitud de asilo, y una vez recabado el parecer de ACNUR que emitió informe favorable a la propuesta de inadmisión a trámite de la solicitud de asilo (...), el Ministerio del Interior decidió efectivamente inadmitirla a trámite (...), señalando la resolución que los hechos alegados no eran determinantes del reconocimiento de la protección solicitada (...).

En el caso que nos ocupa los demandantes no han desvirtuado las razones dadas en la resolución recurrida para inadmitir a trámite la solicitud de asilo.

Así, aunque aportó al expediente administrativo un recorte de prensa (...), ningún dato o indicio ha aportado, ni en vía administrativa ni en el curso de este proceso, sobre la procedencia o autoría de las amenazas que dice haber recibido y que él mismo supone, aunque no tiene certeza, que guardan relación con el asesinato de su hermano que ordenó la esposa de éste llevada por los celos.

Así las cosas, no puede considerarse acreditado, ni siquiera en forma indiciaria, que las amenazas de las que dicen haber sido objeto los demandantes se hayan producido por razones políticas o ideológicas, o que concurra cualquier otra circunstancia que haga procedente la singular forma de protección que representa el asilo. En consecuencia, consideramos ajustada a derecho la resolución que inadmitió a trámite la solicitud de (...).”

(Véanse en este sentido las Sentencias de la AN de 12 de diciembre de 2002; Rec. Contencioso-Administrativo 595/2001 y de 19 de diciembre de 2002; Rec. Contencioso-Administrativo 1000/2001.)

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 19 de diciembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 991/2001.

Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas.

Voz: Asilo. Denegación. Nacional de Palestina.

Resumen: La Audiencia ha desestimado el recurso interpuesto por don G.C., carente de documentación personal y que alega ser nacional de Palestina, contra la resolución del Ministerio del Interior de 13 de marzo de 2000 que denegó su solicitud de reconocimiento del derecho de asilo.

“En la solicitud de asilo presentada el 15 de abril de 1999 el ahora demandante alegaba que es natural de Palestina; que en 1993 lo detuvieron por repartir folletos (...) y estuvo dos años en la cárcel de Gaza; escapó de allí y buscó a su familia pero no los encontró; no sabe si sus padres y su hermana están

Asilo

vivos o no. Decidió escapar y marchó a Egipto, donde estuvo seis meses; luego pasó sucesivos períodos en Libia (cuatro meses), Túnez (un año) y Marruecos (un año y medio), desde donde finalmente vino a España.

Siendo esos los términos de la solicitud, la resolución recurrida acabó denegando el asilo por entender que resulta inverosímil el relato del viaje supuestamente realizado por el solicitante y que, en lo que se refiere a las circunstancias en que se produjo la persecución alegada, el relato resulta incongruente y contradice hechos y circunstancias acreditados según la información disponible del país de origen y la recogida en el expediente.

Las consideraciones que se formulan en la resolución recurrida sobre la inverosimilitud y las incongruencias del relato del solicitante de asilo encuentran respaldo en el informe emitido por el Instructor del expediente (...) en el que se pone de manifiesto, en primer lugar, que resulta inverosímil que, estando indocumentado y careciendo de dinero, el ahora recurrente pudiese pasar períodos relativamente largos de tiempo en los países que señala en su relato, pues algunos de éstos tienen férreos controles de identidad y documentación y sus fronteras están enormemente controladas.

(...) el informe del Instructor califica de poco creíble que el ahora recurrente lograra escapar de una cárcel israelí pues, siendo un joven de 19 años que no pertenecía a un partido ni era un activista avezado en el combate, no parece que contase con los recursos necesarios para organizar una fuga de una cárcel israelí.

En virtud de lo expuesto en los apartados anteriores esta Sala considera que el solicitante de asilo aquí recurrente no ha acreditado, siquiera sea de forma indiciaria, ni el hecho de la persecución ni su temor fundado a padecerla por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, con lo cual no concurre

el presupuesto necesario para el reconocimiento del derecho de asilo (...).”

(Véanse en este sentido las Sentencias de la AN de 19 de diciembre de 2002; Rec. Contencioso-Administrativo 971/2001 y 1001/2001.)

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 9 de enero de 2003.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1071/2001.

Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas.

Voz: Asilo. Denegación. Nacional de Armenia.

Resumen: La Audiencia desestima el recurso interpuesto por doña R.H., nacional de Armenia, contra resolución del Ministerio del Interior de 14 de diciembre de 2000 que denegó su solicitud de reconocimiento del derecho de asilo.

“En la solicitud de asilo presentada el 4 de octubre de 1999 se formulaba un relato conjunto con los demás miembros de la familia anteriormente mencionados y allí manifestaban que el recurrente Sr. T. (marido de la hija de la demandante) se hizo bastante conocido en Armenia, al ganar unos populares juegos en la antigua URSS, haciendo anuncios publicitarios y filmando incluso una película. Con las ganancias obtenidas puso un negocio de joyería. Aceptó encabezar el departamento de un club cuyo director general, era un conocido personaje, por ser íntimo colaborador del ex ministro de defensa V.S., quien le encargó realizara la campaña electoral de un amigo de este último, A.A., que se presentaba para Alcalde en la región de Achapñiank (ciudad de Erevan). Como contrincante del Sr. A. se designó a una persona próxima al Ministro de Defensa y al Presidente de Armenia y a partir de ese momento empezaron las persecuciones contra los que colaboraban en la campaña de A. En la fecha de celebración de las elecciones hubo desórdenes en los colegios electorales y al Sr. T. (yerno de la demandante) lo trajeron a casa con lesiones y moratones porque le habían pegado. Se fueron a la ciudad de Leninakan, a casa de unos familiares, donde estuvieron dos

Asilo

semanas. De regreso a la ciudad de Erevan vinieron a su casa varias veces personas armadas buscando a S.T., por lo que tuvieron que huir marchando toda la familia en avión desde Erevan a Luvov (Ucrania) y de ahí en autobús a Barcelona.

Las alegaciones formuladas por la Sra. H. aquí demandante se remiten a las formuladas en su día por don S.T. y a la documentación aportada por éste en su solicitud asilo. Pues bien, tales alegaciones y documentos ya fueron examinados en la Sentencia de 29 de mayo de 2002 dictada por la Sección 8ª de esta Sala en Recurso 1065/01, que entre otras consideraciones vino a declarar que «... de la documental variada aportada por el actor, no se desprende, ni aun indiciariamente, la veracidad de la prolija declaración que presta, de la que más bien parecen deducirse luchas internas en el ámbito de los partidos políticos y de enfrentamientos electorales. Por lo demás, siembra mayores dudas en todo lo alegado por el Sr. T., el propio hecho de su salida del país. Reconoce que se trasladaron a Ucrania y posteriormente por medio de autobús, atravesaron Europa, no habiendo solicitado asilo en ninguno de los países, lo que difícilmente se compagina con ese temor fundado contra su vida e integridad, que hubiera exigido la petición inmediata de asilo en cualquiera de dichos países, no siendo creíble su alegación de que el guía al que califican de turístico, no les devolvía los pasaportes hasta llegar a Ererán, habiendo llegado a España, presentando exclusivamente fotocopias de su pasaporte, datos todos estos que restan total credibilidad, a una posible e inminente persecución de carácter político y que como anteriormente se ha dicho, se circunscribiría, en su caso, a disputas electorales, que no comportarían una persecución determinante de la protección prevista en la Convención de Ginebra de 1951...».

Y puesto que la solicitud de asilo de la demandante se basa en el mismo relato y en los mismos elementos de prueba, no procede sino reiterar aquí la conclusión de que los datos y documentos aportados por el solicitante no acreditan, siquiera sea de

forma indiciaria, la existencia de una persecución —o su temor fundado a padecerla— por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, con lo cual no concurre el presupuesto necesario para el reconocimiento del derecho de asilo conforme a lo previsto en el artículo 1.A).2, párrafo primero, de la Convención de Ginebra de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados y en el artículo I.2 del Protocolo de Nueva York de 1967, Instrumentos internacionales ambos a los que expresamente se remite el artículo 3 de la Ley de Asilo.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 24 de enero de 2003.

Recurso de Casación: 8774/1998.

Ponente: D. Agustín Puente Prieto.

Voz: Denegación del reconocimiento de la condición de refugiado y derecho de asilo. No acreditada la identidad del recurrente.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por doña V.M.O. contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre denegación de reconocimiento de la condición de refugiado y derecho de asilo.

“El recurso de casación se fundamenta en un primer motivo, al amparo del número 3 del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, por entender la recurrente que la Sala sentenciadora «ha infringido las normas reguladoras de la sentencia, y con ello el artículo 24 de nuestra Constitución, ya que si bien las pruebas deben ser apreciadas por dicha Sala, esta facultad no supone poder utilizar una parte de dichas pruebas e ignorar al mismo tiempo la existencia de otras cuando constan todas ellas en autos».

(...) no ha quedado acreditada la identificación plena de la recurrente que, habiendo solicitado el asilo por razón de unificación y reagrupamiento familiar, hace constar en la petición de dicho asilo un domicilio en término municipal distinto al correspondien-

Asilo

te a quien dice ser su marido, como consta acreditado en el documento justificativo del asilo concedido al mismo que obra incorporado al expediente administrativo. Por último es de resaltar que la recurrente afirmó en la tramitación de su petición de asilo que viajó a España con visado de la embajada española en Guinea y sin embargo no expresa la identificación del pasaporte en su petición de asilo ni un documento alguno identificador; y está acreditado por certificación de la embajada de España en Guinea que en ningún momento se concedió, en la fecha en la que la recurrente alega que vino a España, ningún visado para la entrada en nuestro país de la actora, a quien, por otro lado, fácil le hubiera sido acreditar con la comparecencia de su supuesto cónyuge su personalidad tanto en vía administrativa como en la jurisdiccional, razones todas ellas que confirman la improcedencia del primer motivo invocado por la recurrente en este recurso de casación.

El segundo de los motivos se formula al amparo del número 4 del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción, invocando como infringido el artículo 8 de la Ley 5/1984 Reguladora del Derecho de Asilo y Condición de Refugiado entendiendo la recurrente que existen indicios suficientes para entender que se dan los requisitos necesarios para conceder el asilo a la recurrente.

Mas olvida la recurrente que la misma en modo alguno ha acreditado que haya sido objeto de persecución en el país de origen personalmente (...). Si, congruente con su petición en vía jurisdiccional, interesaba el asilo por razón de reagrupamiento familiar, el precepto a invocar no era el artículo 8 de la citada Ley sino el 10 que permite extender al cónyuge el derecho de asilo salvo en los supuestos de separación legal, separación de hecho o divorcio, supuesto legal ni siquiera invocado como infringido por la recurrente y que hubiera permitido, una vez identificadas su personalidad y acreditada la condición de asilado del cónyuge residente en España, la aplicación de dicho precepto que ni siquiera, reiteramos, es invocado por la actora, por cuya razón este motivo debe ser también rechazado.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 8 de febrero de 2003.

Recurso de Casación: 8775/1998.

Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate.

Voz: Asilo. Nacional de Guinea Bissau.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don M.F., contra la sentencia de la Audiencia Nacional en el recurso presentado contra la resolución del Ministerio de Justicia e Interior por la que se denegó al recurrente, nacional de Guinea Bissau, la concesión del derecho de asilo.

“La Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó, con fecha de 16 de junio de 1998, sentencia en el recurso contencioso-administrativo nº 433 de 1998, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Fallamos: Primero.—Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por M.F. contra la Resolución del Ministerio del Interior de 7 de septiembre de 1994 sobre denegación del reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo, por considerarla ajustada a Derecho. Segundo.—Desestimar las demás pretensiones de la parte actora. Tercero.—No hacer expreso pronunciamiento sobre las costas».

Dicha sentencia se basa, entre otras, en el siguiente fundamento jurídico cuarto: «La resolución impugnada debe ser confirmada, pues, ciertamente, ni de los autos ni del expediente administrativo se puede deducir que los hechos en que el recurrente basa su pretensión hayan tenido lugar, sin que exista en dichas actuaciones un mínimo acreditamiento de las causas que justificarían la solicitud del asilo y refugio, (...) por lo que las alegaciones del recurrente no son sino expresión del simple deseo más o menos vehemente de residir en España, sin que ni siquiera a nivel indiciario conste la existencia de otras circunstancias personales del solicitante de entidad cualitativa suficiente para estimar su pretensión, por razones humanitarias, entre las cuales, a juicio de la Sala, no son incluibles las razones adu-

Asilo

cidas para acogerse al estatuto del refugiado, por lo que el recurso no puede prosperar (...)».

Ni el principio de legalidad ni los derechos a la tutela judicial efectiva o a la presunción de inocencia han sido vulnerados por la Administración, que denegó la solicitud de asilo, o por el Tribunal de instancia que declaró ajustada a derecho tal denegación, pues ni se le han imputado hechos o conductas sancionables al recurrente ni se le ha denegado el acceso a la jurisdicción o al justo proceso, aunque su pretensión haya sido desestimada por considerar que carece de la condición de refugiado, razones por las que los motivos de casación tercero, cuarto y quinto tampoco pueden prosperar.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 28 de febrero de 2003.

Recurso de Casación: 9347/1998.

Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí.

Voz: Asilo. Denegación. No se justifica el temor fundado que se exige. Ciudadano turco.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don M.B., contra la sentencia que dictó la Audiencia Nacional que desestimó el recurso deducido frente a la resolución del Ministerio del Interior por la que se denegaba la concesión del derecho de asilo y refugio al actor, nacional de Turquía.

“Se basa la sentencia, para llegar a esta decisión, que de todo lo actuado, tanto en el expediente administrativo, como en el procedimiento jurisdiccional, no se ha aportado el menor elemento de convicción probatorio, o al menos, con valor de indicios suficientes, como permite el artículo 81 de la Ley 5/1984, para deducir que el solicitante se encuentra perseguido en su país por profesar ideas y creencias determinadas, de forma que su vida correría grave peligro si regresara de nuevo.

Asimismo, aduce el Tribunal sentenciador que el actor se ha limitado a llevar al convencimiento de la

Sala, aportando las correspondientes copias de escrituras de constitución de sociedades, que está establecido o pretende establecerse en España, contando con los necesarios recursos económicos para ello, lo cual entiende que en ningún caso puede constituir motivo para acogerse al derecho de asilo (...), sin perjuicio de que al amparo de tal circunstancia el actor pueda solicitar y obtener los permisos correspondientes para su permanencia y estancia en España, conforme a las leyes de extranjería.

Además, el hecho de que el recurrente entrara en España el día 30 de septiembre de 1994 y no solicitara el asilo hasta el día 29 de agosto de 1995, sin justificar dicha tardanza, a juicio del Tribunal *a quo*, hace poco creíble o revela escaso temor de persecución, elemento subjetivo que ha de concurrir en principio en el demandante de asilo.

(...).

En el caso que analizamos, ante las genéricas, confusas y contradictorias circunstancias que invoca la parte recurrente en aval de su pretensión casacional, no sólo no resulta justificado el temor fundado que a tenor del Estatuto de Refugiados se exige para la concesión de este estatus especial, sino que la interpretación que verifica la Sala de instancia no es contraria a las reglas de la sana crítica y es coherente con lo actuado en el expediente y en el proceso jurisdiccional, como lo adveran los informes desfavorables de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio (...).

Por otra parte, hemos de añadir que la Posición Común de la Unión Europea de 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo Europeo sobre la base del artículo K3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término refugiado, conforme al artículo primero de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados (...), aprobado en Bruselas, pone de manifiesto que la determinación de la condición de refugiado ha de llevarse a cabo de acuerdo con los criterios en función de los cuales los

Exención de visado

órganos nacionales decidan conceder a un solicitante la protección prevista en la Convención de Ginebra, siendo el factor determinante la existencia de temores fundados de ser perseguido por motivo de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un grupo social determinado, y correspondiendo al solicitante presentar aquellos elementos necesarios para la apreciación de la veracidad de los hechos y circunstancias alegadas, extremo que, según hemos indicado, no consta acreditado en las actuaciones del proceso.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 28 de febrero de 2003.

Recurso de Casación: 9820/1998.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Solicitud de asilo. Inadmisión a trámite. Nacional argentino. Condena penal.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por don Y.B. contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional sobre solicitud de asilo.

“El recurso de casación se apoya en un único motivo, al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956: infracción del artículo 3.1 de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en conexión con lo dispuesto en la Convención sobre el Estatuto de Refugiado hecho en Ginebra en 28 de julio de 1951, y en el Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados hecho en Nueva York en 31 de enero de 1967.

Aunque la letrada de la parte recurrente hace un estimable esfuerzo por llevar al ánimo de nuestra Sala el convencimiento de la inadecuación a derecho de la sentencia impugnada, el recurso tiene que ser rechazado porque, la mera lectura de la solicitud de asilo que presentó en su día su cliente pone de manifiesto que no son las circunstancias políticas por las que atraviesa su país de origen, ni la actuación de determinado grupo islámico fundamentalista las que motivaron su salida del país y motiva-

ron su petición.

En esa solicitud consta que el recurrente, nacido en Argel en 1972, salió en 1990 de su patria y que en el momento de formular aquélla —16 de marzo de 1997— se hallaba cumpliendo condena de cuatro años, dos meses y un día en el Centro penitenciario de (...), por delito de robo; que la causa de su salida fue «por trabajo y motivos económicos», y que «el motivo de pedir asilo político en España, se debe —dice— a la situación política que existe en Argelia, país al que no quiere regresar por temer por su vida, y —añade— por el tiempo que lleva residiendo en territorio español, donde se siente plenamente integrado».

No estamos, pues, ante una denegación de admisión a trámite por falta de prueba de sus alegaciones, como se argumenta en el recurso pues lo que en este caso ocurre es que la solicitud es, por un lado, manifiestamente extemporánea y, por otro, carente de una mínima base que permita tenerla por creíble. Lo único que se trasluce de sus argumentos es que el recurrente no desea volver a su país, y que, además, quiere continuar residiendo en España. Sin que, por lo demás, haya dado explicación de ningún tipo, lugar y fecha, por ejemplo, aunque esta última fuera establecida por mera aproximación, acerca de ese dato que desliza en su recurso del asesinato de su padre por motivos políticos, de cuya certeza hay serios motivos para dudar también, puesto que en su solicitud se limita a decir que sus padres, en el momento de la solicitud habían fallecido y que dos hermanos suyos viven en Argel.”

EXENCIÓN DE VISADO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de las Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 12 de noviembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 903/2001.

Exención de visado

Ponente: D. Pablo Delfont Maza.

Voz: Exención de visado y permiso de residencia. Ciudadano chileno.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don L.M., contra la resolución del Director Insular de la Administración General del Estado en Menorca por la que se denegaba la solicitud de exención de visado y permiso de residencia.

“El 22 de mayo de 2000 el aquí recurrente, don L.M., ciudadano chileno, nacido el 21 de agosto de 1978, solicitó tarjeta de familiar de ciudadano comunitario, que lo sería su madre, separada y casada con español, doña B., y exención de visado por motivos humanitarios, para lo que adujo que en Chile no disponía ni de familia —su padre, también casado con española, residía en España— ni de vivienda ni de medios de supervivencia. Aportó pasaporte con sello de entrada en España el 2 de septiembre de 1999, contrato de trabajo de su padre y concesión a su madre de la nacionalidad española por residencia —14 de marzo de 2000— y permiso de residencia, válido hasta el 22 de agosto de 2002.

Tras informe del Jefe de la Comisaría de Policía de Mahón y de la Dirección General de Extranjería e Inmigración, el 10 de julio de 2000 la Dirección Insular de la Administración General del Estado en Menorca, actuando por delegación, resolvió denegar la exención, por no encontrarse el Sr. L.M. en ninguno de los supuestos del apartado segundo, número 2, de la Orden de 11 de abril de 1996, y la tarjeta de residencia, por carecer de visado de residencia.

La solicitud del Sr. L.M. —22 de mayo de 2000— era posterior a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, pero en el caso era de aplicación el artículo 10.3.d) y la disposición final primera del Real Decreto 766/1992 y la Orden de 11 de abril de 1996 porque no se oponían a aquella —disposición derogatoria única— ya que, en lo referente a la exención por razones humanitarias, la Ley 4/2000 —artículos 25.1 y 29.2— exigía el cumplimiento de los requisitos para obtener un permiso de residen-

cia, con lo que no era más favorable que el Real Decreto 766/1992 para obtener la tarjeta de familiar puesto que no sería suficiente estar en España sino que era preciso también disponer de medios de vida, contar con los permisos para realizar actividad económica por cuenta propia, tener oferta de contrato de trabajo a través del procedimiento reglamentario, o ser beneficiario de un derecho a la reagrupación familiar, sin que lo tengan los mayores de edad —artículo 17—.

Por otro lado, como quiera que la disposición final segunda del Real Decreto 766/1992 permite el desarrollo de su artículo 10.d) mediante Orden como la antes indicada, dado que en el Sr. L.M. no concurren las razones excepcionales que en la misma se contemplan, al fin, tampoco puede fundarse la pretensión en el artículo 2.b) del Real Decreto 766/1992, sin que se haya acreditado siquiera que el Sr. L.M. viviese a expensas de su madre.

En consecuencia, el Sr. L.M. tenía que haber conseguido el visado antes de venir a España.

El artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, también invocado por el Sr. L.M., reconoce el derecho a la vida familiar y, al respecto, cabe señalar que las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros tienen que interpretarse conforme a dicha Declaración —artículo 10.2 de la Constitución y artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2000—, pero de ahí no resulta tampoco el derecho del Sr. L.M. a la exención de visado puesto que el derecho a la vida en familia no puede aceptarse que lo tengan los hijos emancipados —excluidos por la Ley de la reagrupación— incluso hasta el extremo de que se traduzca en derecho a entrar sin visado y a residir sin permiso para ello.

La prueba practicada, documental y testifical —doña L.— tampoco aporta dato relevante alguno puesto que, al fin, el Sr. L.M. ni está en España con parientes que de él dependan ni sus padres ejercen sobre él la patria potestad.

Exención de visado

Al asegurar el Sr. L.M. que en su país no dispone ni de familia directa ni de posibilidades de obtener empleo, esto es, al sostener que vive en España a expensas de ascendiente comunitario, al fin, ha de reiterarse que esa sola circunstancia no le permite sino que le fuese de aplicación el Real Decreto 766/1992, pero ello no le exime de visado.

En efecto, examinada la situación personal del Sr. L.M. y las circunstancias concurrentes, no hallándose en supuesto alguno de los previstos en la Orden de 1996 y no habiéndose invocado en la solicitud el artículo 10.2. a) del Real Decreto 766/1992, ha de concluirse que, pese a lo que en la demanda se sostiene, en la resolución recurrida ni falta motivación ni, por tanto, tampoco cabe apreciar que concurra la experiencia de indefensión que se aduce.

Cumple, pues, la desestimación del recurso.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.

Fecha: 22 de noviembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1219/2002.

Ponente: Dña. Margarita Díaz Pérez.

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

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por doña L. contra las Resoluciones por las que se acuerda denegar la exención de visado para tarjeta de familiar de residente comunitario.

“Aduce, en síntesis, en apoyo de su pretensión que doña L. ha contraído matrimonio civil en España con ciudadano español, por lo que le es aplicable el régimen jurídico previsto en el Real Decreto 766/1992, (...) es deber de la Administración otorgar la dispensa de visado si se dan las circunstancias excepcionales que la justifiquen, siendo realmente excepcional la celebración del matrimonio habida cuenta del interés de la reagrupación familiar.

No es admisible la exigencia de un año de antigüedad del matrimonio recogido en el artículo 49.2 del RD 864/2001, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley de Extranjería 4/2000, reformada parcialmente por la Ley 8/2000, por cuanto no es éste el régimen jurídico aplicable, y sí el previsto en el RD 766/1992, régimen comunitario.

(...) el artículo 10.3.d) del RD 766/1992, de 26 de julio, exige el visado para la obtención de la tarjeta de familiar de residente comunitario en los supuestos generales, con posible solicitud y concesión de exención por razones excepcionales, (...). Como quiera que la actora no puede acreditar una convivencia mínima de un año, la denegación de exención es plenamente ajustada a derecho, al no existir ninguna otra causa de exención legal o reglamentariamente establecida en el supuesto de hecho examinado.

La carencia de visado y la falta de exención del mismo determinan la denegación de la tarjeta de familiar de residente comunitario, en base a la normativa que se señala en la resolución impugnada.

(...).

(...) para el examen de la procedencia de la exención de visado peticionada, ha de partirse de (...) que los familiares de nacionales comunitarios que no posean la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea, a los efectos de obtener la tarjeta de residencia (...) pueden quedar dispensados de su presentación «por razones excepcionales».

(...) el Tribunal Supremo, (...) tiene declarado que el significado de la expresión legal «excepcionales» (...), no es meramente temporal, opuesto y contrario a frecuente, corriente u ordinario, sino que es cualitativo y equivalente, por ello, a importante, trascendente o de peso, cualquiera que sea la frecuencia o reiteración con que se produzca, y así ha venido considerando el arraigo en territorio español, la reagrupación y la integración familiar y el disfrute de per-

Exención de visado

miso de trabajo (...) como auténticas razones excepcionales justificativas de la dispensa de visado en tanto que, por contra, no ha considerado como tales la simple oferta o contrato de trabajo ni la mera condición de ciudadano de países a los que la legislación española conceda ciertas ventajas en orden, fundamentalmente, a la obtención y renovación de permisos de trabajo (...), pero sin que la decidida voluntad o idoneidad para integrarse en la sociedad española pueda tampoco ser aceptada como una razón excepcional justificativa de la exención de visado.

Como quiera que doña L. contrajo matrimonio con persona de nacionalidad española, fijando en España la residencia del matrimonio, nos hallamos ante un supuesto de reagrupación familiar que debe ser indubitadamente incluido en la zona de certeza positiva en la aplicación del concepto jurídico indeterminado de la existencia de causa excepcional justificativa de la exención de visado.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 13 de diciembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 354/2001.

Ponente: D. Ignacio Barriobero Martínez.

Voz: Exención de visado y permiso de residencia.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por doña M.^ª P. contra la resolución de la Delegación del Gobierno en La Rioja por la que se desestimó la solicitud de exención de visado y de permiso de residencia.

“Es objeto de impugnación la Resolución de la Delegación del Gobierno en La Rioja, de 14 de noviembre de 2000, por la que se denegó la solicitud de exención de visado y permiso de residencia, formulada por la demandante.

El motivo que fundamenta dicha denegación se encuentra en que «no concurren los requisitos establecidos por el artículo 25.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (...) para la concesión de la exención de visado por razón de matrimonio con

residente legal, al no tener el cónyuge autorización para residir al menos otro año, ya que su permiso caduca el 4 de abril de 2001, por lo que procede la denegación de la exención de visado solicitada y, por ende, del permiso de residencia, al carecer del preceptivo visado».

Como única impugnación del acto recurrido, sostiene la demanda que la recurrente es esposa de una persona que es titular de un permiso de residencia y trabajo en España, y, a su vez, es madre de un niño que también es titular de un permiso de residencia para extranjeros. Por ello, sostiene la demanda, que «conforme a los artículos 17 y 25 de la Ley de Extranjería, la recurrente reúne los requisitos exigidos para que se le conceda la exención de visado y el permiso de residencia legal en España».

Los motivos invocados por la demanda no logran desvirtuar la legalidad de la Resolución recurrida. Y ello porque si bien es cierto que la demandante reúne los requisitos establecidos por la Ley de Extranjería para acogerse al derecho de reagrupación familiar contemplado en el artículo 17 de la LO 4/2000, de 11 de enero, no es menos cierto que el artículo 25 de la citada Ley establece los requisitos que deben reunir los extranjeros para entrar en territorio español, entre los cuales se encuentra la tenencia de un visado.

En relación con este requisito, la demandante solicitó la exención de visado, porque su esposo tiene la condición de residente legal en España. Sin embargo, entre los requisitos para obtener la exención de visado por causa de matrimonio se encuentra el que el cónyuge residente, en el momento que se efectúa la solicitud de exención de visado, tenga autorización para residir en nuestro país al menos durante un año. Como quiera que la solicitud se efectuó el 18 de agosto de 2000, y el permiso del cónyuge caducaba el 4 de abril de 2001, no se cumple el citado requisito, motivo que lleva a afirmar la legalidad del acto recurrido.”

Exención de visado

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

Fecha: 17 de diciembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 808/2000.

Ponente: D. José Manuel Pérez Clementez.

Voz: Exención de visado. Denegación procedente. Solicitante de nacionalidad brasileña. Motivos humanitarios. Situación conflictiva del país. Carga de la prueba de los motivos.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Cáceres, de fecha 8 de junio de 2000, por la que se le denegó a doña N.M. de F., de nacionalidad brasileña, una solicitud de exención del visado para la obtención de permiso de trabajo y de residencia.

“Se suplica en la demanda que se anule la mencionada resolución y se conceda la exención solicitada, todo ello en razón a que llegó a España con la intención de trabajar para poder mantener a su familia pues su país está totalmente hundido en la miseria, con innumerables conflictos que hacen imposible la supervivencia, por lo que entiende que razones humanitarias justifican la dispensa del visado ya que tiene ofertas de empleo que están supeditadas a la obtención de la exención del visado y posterior permiso de trabajo y residencia.

Son presupuestos fácticos de la actuación administrativa que se revisa, (...), el hecho de que la recurrente, de nacionalidad brasileña, solicitó en instancia presentada en fecha 17 de mayo de 2000 la exención del visado para la obtención de permiso de trabajo y de residencia. La solicitud fue informada negativamente por el Comisario Jefe Provincial de Policía de Cáceres, haciendo constar que el domicilio que consta en la solicitud no es el de la interesada pues pertenece a un despacho de Abogado, que no se puede determinar la fecha de entrada en España porque no consta en el pasaporte y que los medios de subsistencia los obtiene a través de su trabajo como camarera de alterne.

(...).

Una consecuencia necesaria del carácter excepcional y de privilegio —contrario a la regla general— de la exención del visado, supone desplazar al interesado la carga de alegar y probar las causas que podrían justificar la exención, (...); conclusión que obliga a rechazar el argumento sobre la concurrencia de motivos humanitarios derivado de la situación conflictiva en que actualmente se encuentra su país, puesto que ni se han acreditado, ni en los términos en que se alegan pueden ser constitutivas de circunstancias excepcionales que justifiquen lo que es una derogación individual del requisito general de autorización previa o visado que la ley exige a los extranjeros que deseen trasladar su residencia a España, pues la solución pretendida supondría hacer de mejor condición a quienes, con infracción de la normativa vigente sobre la materia, se desplazan a territorio español sin haber solicitado y obtenido previamente el correspondiente visado, respecto a quienes cumplieron dicho trámite en la forma legalmente prevista.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 17 de diciembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 2098/1998.

Ponente: Dña. María José Margareto García.

Voz: Exención de visado de residencia para hijo menor de edad. Nacionalidad uruguaya. Matrimonio con ciudadano español.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por la representación de doña C. contra la resolución del Delegado del Gobierno que se anula y se declara el derecho de la recurrente a obtener la exención de visado solicitada a la Administración de su hijo.

“Doña C., para su hijo S. menor de edad, de nacionalidad uruguaya, solicitó la exención del visado para residencia el treinta de abril de 1998, señalando como circunstancias excepcionales fundamentadoras que doña C. contrajo matrimonio con ciudadano español el veintiséis de abril de 1998, que es nieta de

Exención de visado

ciudadanos españoles, que lleva residiendo en España desde el dos de febrero de 1998, a donde vino para contraer matrimonio, que en el domicilio familiar reside también su hijo de 5 años y nacionalidad uruguaya, para quien solicita la exención, y que le ocasiona graves trastornos económicos y personales el tener que desplazarse a su país para obtener el señalado visado de residencia, siéndole denegado por estimar la Administración que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3.d) del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, modificado por Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo, para la obtención de la Tarjeta de Residencia de los familiares de españoles que no posean la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, deberán aportar visado de residencia, de cuya presentación podrá dispensarse por razones excepcionales, estimando que en este caso no concurren puesto que se trata de un menor de edad, pero hijo de extranjera no residente legal en España, por lo que resuelve denegar la exención, y como el artículo 13 del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, señala que las Tarjetas previstas en el artículo 6 se expedirán cuando resulten acreditados los requisitos prevenidos, resuelve también denegar la Tarjeta de Familiar de Residente Comunitario.

(...) acreditado plenamente el matrimonio de doña C., madre del menor S. con don E. y la convivencia de los esposos, de modo permanente desde antes de la solicitud de la exención de visado, junto con el hijo menor citado S., y el otro hijo llamado D., nacido el 20 de marzo de 1999 y otras personas, y familiares, con la anterior doctrina, se impone estimar dicha causa como fundamentadora de la exención de visado revocando en tal sentido la resolución impugnada, declarando, como se solicita en la demanda, el derecho de la solicitante a que se le exima de la obligación de visado para la obtención del permiso de residencia de su hijo S., (...)."

(Véase en este sentido la Sentencia del TSJ de Extremadura de 19 de diciembre de 2002; Rec. Contencioso-Administrativo 839/2000.)

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

Fecha: 30 de diciembre de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 825/2000.

Ponente: D. José Manuel Pérez Clementez.

Voz: Exención de visado. Denegación procedente. Razones humanitarias. Precaria situación económica del país de origen. Nacionalidad brasileña. Relación sentimental con nacional español. Carga de la prueba.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por doña S.A.C. contra resolución sobre denegación de exención de visado.

"Se impugna en este proceso la Resolución del Subdelegado del Gobierno en Cáceres, de fecha 4 de abril de 2000, por la que se denegaba a doña S.A.C., de nacionalidad brasileña, la solicitud de exención del visado para la obtención de permiso de trabajo y de residencia. Se suplica en la demanda que se anule la mencionada resolución y se conceda la exención solicitada, todo ello en razón a la concurrencia de circunstancias humanitarias que justifican dicha dispensa porque la interesada llegó a España con intención de trabajar y poder mantener a su familia pues su país está hundido en la miseria por la existencia de numerosos conflictos que hacen imposible la subsistencia en el mismo y, además, porque está a la espera del divorcio del compañero con quien convive y poder contraer matrimonio con el mismo para formar familia en España.

Son presupuestos fácticos de la actuación administrativa que se revisa, a tenor de lo que resulta del procedimiento y su expediente, el hecho de que la recurrente, de nacionalidad brasileña, solicitó la exención del visado para la obtención de permiso de trabajo y de residencia. La solicitud fue informada negativamente por el Inspector Jefe de la Comisaría de Policía de Cáceres, haciendo constar que la recurrente entró en España por el aeropuerto de Madrid (Barajas) el 12 de noviembre de 1999, según sello que consta en el pasaporte, y que convive con el ciudadano español que nominalmente cita y resi-

de en Puebla de Ovando (Badajoz) el cual dice que corre con todos sus gastos, informe que es acogido por la Subdelegación del Gobierno en Badajoz para denegar la exención solicitada; decisión contra la que se alza la recurrente suplicando en esta instancia la exención denegada con base a las circunstancias humanitarias que cita.

(...).

Una consecuencia necesaria del carácter excepcional y de privilegio —contrario a la regla general— de la exención del visado, supone desplazar al interesado la carga de alegar y probar las causas que podrían justificar la exención, (...); conclusión que obliga a rechazar los motivos alegados por la recurrente porque no están acreditadas las circunstancias conflictivas en que se encuentra su país de origen, ni que las mismas impidieran acudir a la representación Diplomática u Oficina Consular de España en cuya demarcación residía, ni tampoco ha aportado prueba alguna que demuestre la seriedad y estabilidad de la relación que mantiene con el súbdito español que además de residir en distinta provincia, ni siquiera ha sido llamado para acreditar la realidad de las mismas.”

VISADOS

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª.

Fecha: 13 de marzo de 2003.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1811/2002.

Ponente: Dña. María del Mar Fernández Romo.

Voz: Denegación de visado de reagrupación familiar. Nacional de China.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por doña C.Z., contra la resolución por la que se deniega el visado de reagrupación familiar a sus padres e hija.

“La dicha extranjera está casada con don F.G., residente legal en España, con tarjeta de residencia y trabajo permanente. La recurrente tiene tarjeta de permiso de trabajo por cuenta propia y residencia válida hasta el 22 de octubre de 2002, habiendo solicitado su renovación con fecha de 16 de octubre de 2002. Su actividad laboral por cuenta propia es el comercio al por menor en la ciudad de Zaragoza, donde tiene alquilado un local para el ejercicio de tal actividad; su residencia está sita en vivienda arrendada en aquella ciudad con fecha de 19 de agosto de 2002. Tiene concedida la correspondiente licencia municipal de actividades para el ejercicio de su comercio, con fecha de 18 de noviembre de 2002, constando en el expediente cuatro declaraciones trimestrales por devengo del correspondiente impuesto sobre renta de personas físicas.

Del expediente remitido aparece igualmente que con fecha de 13 de enero de 2003 se realiza por la recurrente una transferencia bancaria por importe de 2.500 euros a cuenta bancaria del Banco de China donde constan varios beneficiarios, entre ellos sus padres; con anterioridad y con fecha de 29 de abril de 2002, consta un certificado bancario de entidad española en el que se afirma que la interesada realiza con fecha de 27 de diciembre de 2000 una transferencia por valor de 500 dólares a favor de Z.J., su padre.

La causa denegatoria del visado para reagrupación familiar es la carencia de recursos económicos suficientes del reagrupante y ahora recurrente, si bien en el expediente remitido, como hace notar la demandante, consta una resolución de dicha Embajada de España en Pekín en relación con la inicial solicitud de petición de visado para reagrupación familiar, en la que con fecha de 26 de junio de 2002 se deniega aquel por causa de no acreditar razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España, resolución que aparece referida sólo a los padres reagrupables.

Visados

Consta también del expediente remitido que la reagrupante solicitó en nuestro país la emisión del correspondiente informe gubernativo para la concesión de los mentados visados, con fecha de 26 de abril de 2002, conforme el Real Decreto 864/2001, sin que en dicho expediente aparezca la emisión del informe; a tal respecto, en página siete del expediente consta comunicación de fax con data de 20 de mayo de 2002 en la que se dice con esa fecha haber enviado consulta del expediente de visado asignándole en informe consular «favorable», cuando el criterio correcto es desfavorable, al no acreditar razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

Alega el actor como causas de oposición en esta Sede, que la recurrente y su esposo tienen un trabajo estable en España, habiéndose solicitado con data de 26 de abril de 2002 la evacuación del preceptivo informe gubernativo ante la Delegación del Gobierno en Aragón, acompañándose todos los documentos exigidos reglamentariamente, sin que ni el Consulado ni la dicha autoridad gubernativa le pusieran de manifiesto el hipotético informe, privándose así de la posibilidad de aclarar las posibles deficiencias de la documentación aportada y prueba de la solvencia económica familiar para la reagrupación solicitada, lo que provocó indefensión al privar a la recurrente del trámite de vista y consiguiente posibilidad de contradecir en la oportuna instancia las alegaciones gubernativas. En fin, se alega que la resolución recurrida niega el derecho a la vida en familia conforme aparece la nueva regulación de la reagrupación familiar en la LO 4/2000, sin tener en cuenta que la recurrente tiene una hija nacida en España y que ella y su esposo residen en España desde hace más de cinco años y con una situación económica de solvencia acreditada y notoria.

(...) del expediente remitido aparece que la causa final de la denegación de los citados visados sea la de falta de recursos económicos suficientes en el reagrupante; esta circunstancia determina que se

circunscriba el dicho acto administrativo a una motivación, si no extensa, al menos suficiente para que el interesado pueda realizar un cúmulo de alegaciones y aportar documentos encaminados a la probanza contraria de la existencia de recursos económicos suficientes, lo que realiza en esta Sede (...). Han sido precisamente aquellas condiciones referidas a la reagrupante, la carencia de recursos económicos suficientes, las que han determinado la denegación del visado, de forma consecuenta que al no obrar en el dicho expediente remitido aquel informe, la motivación del acto administrativo adolece en este particular aspecto de una insuficiencia que, si no causatoria de indefensión (porque el recurrente ha podido alegar en su defensa y ha aportado los documentos que estimó pertinentes) sí constitutiva de una irregularidad en el procedimiento seguido para su tramitación.

De esta forma procede determinar ahora si la denegación administrativa fue adecuada en su momento, debiéndose notar que la prueba así aportada por la solicitante se refiere a una situación económica posterior a la petición de los visados, aunque no cabe duda que también temporalmente concatenada con la anterior situación y fecha en la que solicitan los visados, que se remonta a data de 26 de abril de 2002; en estos momentos se acredita la residencia y trabajo legal de la recurrente y su esposo y la constancia de una transferencia bancaria a los familiares reagrupables por valor de 500 dólares girada el día 27 de diciembre de 2002, casi dos años antes de la petición del visado. (...) En definitiva, lo cierto es que el tiempo de solicitud de los visados —y con posterioridad, como acredita en esta Sede— se muestra la interesada como apta económicamente para hacerse cargo de tales familiares, sus padres (así también la hija nacida en España), con lo que la resolución administrativa denegatoria de los citados visados no fue ajustada a derecho y debe dejarse sin efecto.”

EXPULSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de las Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 24 de enero de 2003.

Recurso Contencioso-Administrativo: 905/2001.

Ponente: D. Jesús Ignacio Algora Herrando.

Voz: Expulsión del territorio nacional.

Resumen: El Tribunal estima parcialmente el recurso y declara contraria al ordenamiento jurídico la resolución que ordenaba la expulsión del territorio nacional con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de tres años.

“Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo el examen de legalidad, de un lado, la Resolución del Delegado del Gobierno en esta Comunidad Autónoma, de fecha 6 de octubre de 2000, por la que se decretó la expulsión del actor del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de tres años; y de otro, la Resolución de la misma Delegación, de fecha 9 de enero de 2001, por la que se resolvió denegar la solicitud de permiso de trabajo y residencia permanente solicitado.

La primera de dichas resoluciones, decreta la expulsión del actor, sobre el hecho de «su detención en ingreso en prisión para cumplimiento de la condena de un año y seis meses impuesta por (...) un delito de robo», y con fundamentación en que, «los hechos citados en el primero de los antecedentes de hecho, son constitutivos de la infracción grave prevista en el apartado 49.g) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (...) sancionables con la expulsión del territorio español de acuerdo con el artículo 53.1 de la propia norma, lo que no se desvirtúa por las alegaciones del interesado, pues de la condena que le ha sido impuesta se deriva fehacientemente su participación en la realización de actividad ilegal, cual

es el delito de robo».

(...) la parte actora en su demanda, para solicitar su anulación y se le reconozca su derecho a que se le conceda el permiso de residencia y de trabajo de carácter permanente, alega como motivos de impugnación que, cumplió varios meses de la pena de prisión por la que fue condenado, estando en suspenso la misma y el principio *non bis in idem*, así como también el principio de arraigo al haber obtenido con anterioridad permisos de trabajo y residencia, haber obtenido el permiso solicitado por silencio administrativo y la falta de exigencia de antecedentes penales en relación al mencionado arraigo.

(...) decretar la expulsión del actor, como lo hace la resolución recurrida, por el hecho de haber sido condenado por un delito doloso, y configurar esta condena como actividad ilegal no permite pueda ser encuadrado en el tipo de «actividades ilegales», no pudiendo olvidar que la anterior causa de expulsión de condena por delito doloso de la LO 7/1985 ha sido eliminado, lo que obliga, y ello asimismo como consecuencia del principio *non bis in idem*, a la anulación de la resolución de expulsión, por la ausencia de dicha tipicidad predicada.

Por lo que se refiere a la otra resolución recurrida, es decir, la denegación de permiso de trabajo y residencia permanente, ante todo debe indicarse que el actor no puede alegar en su favor la adquisición de dicho permiso por silencio administrativo positivo, por cuanto no solicitó la renovación del permiso ni la prórroga del permiso de residencia, y de conformidad con la disposición adicional única de la Ley 4/2000, sólo en estos supuestos sucede dicha estimación, debiendo rechazarse este motivo de impugnación.

(...) en relación a la alegación del principio de arraigo, tampoco es posible tenerlo en consideración, y ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.5 de la Ley Orgánica 4/2000, al señalar que en la autorización, «se valorará, en función de las cir-

Expulsión

cunstances de cada supuesto, la posibilidad de renovar el permiso de residencia a los extranjeros que hubieran sido condenados por la omisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados. O que se encuentren en situación de remisión condicional de la pena». En el caso, ninguno de estos supuestos se da, pues la pena impuesta sólo fue cumplida en parte, y se encuentra suspendida. Consecuencia, pues, será la desestimación del recurso en relación a la denegación del permiso solicitado.”

(Véase en este sentido la Sentencia del TSJ del País Vasco de 3 de enero de 2003; Rec. Contencioso-Administrativo 606/2002.)

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de las Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 24 de enero de 2003.

Recurso Contencioso-Administrativo: 292/2002.

Ponente: D. Jesús Ignacio Algora Herrando.

Voz: Expulsión del territorio nacional.

Resumen: El Tribunal estima el presente recurso interpuesto por don J.M. contra la resolución de la Delegación del Gobierno por la que se acuerda imponer al actor la sanción de expulsión del territorio nacional con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de tres años.

“Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo el examen de legalidad de la Resolución de la Delegación del Gobierno en esta Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, de fecha 18 de febrero de 2002, por la que se decretó la expulsión del actor del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de tres años, en base a «comprobar que carecía de documentación que acreditara su estancia regular en España» y con fundamentación en que «los hechos citados en el primero de los antecedentes de hecho, probados ciertos por las actuaciones y

comprobaciones llevadas a cabo y documentación incorporada al procedimiento, no desvirtuados por el interesado en sus alegaciones ya que en ningún momento ha acreditado su identidad, filiación, entrada y estancia irregular en el territorio nacional; (...)»

Si la regla general, en los supuestos de estancia ilegal —en el caso, ocurre ante la falta de documentación presentada por el actor— es como hemos visto la sanción de multa, no se adivinan las razones que hayan llevado a imponer la sanción de expulsión, que puede hacerlo, eso sí, (...), pero ello debe ser motivado para no causar indefensión a la parte, y sobre todo para saber este Tribunal las razones que condujeron a dicha decisión. Al no hacerlo así procede la estimación del recurso, y la anulación de la resolución recurrida por falta de motivación de la misma (...) pues no se está en presencia de un criterio de proporcionalidad ni de falta de competencia, sino de total ausencia de motivación para decretar la expulsión.”

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

Fecha: 7 de febrero de 2003.

Recurso Contencioso-Administrativo: 2520/01.

Ponente: Dña. María Abelleira Rodríguez.

Voz: Nacional de Ucrania. Caducidad del visado. Principio de proporcionalidad: sustitución de la sanción de expulsión por la sanción pecuniaria.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por don Y.O. en relación con la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa que impuso al recurrente la sanción de expulsión del territorio español así como la adicional de prohibición de entrada por tres años en el territorio del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen.

“En la resolución recurrida se acoge la siguiente imputación fáctica: 1. Que con fecha 19 de septiembre de 2001 fue dictado acuerdo de incoación de procedimiento administrativo de expulsión al ciudada-

Expulsión

no don Y.O., con prohibición de entrada en territorio nacional por un período de tres años, (...): don Y.O. fue controlado con un visado que caducó hace varios meses, habiendo permanecido, pues, de manera irregular en el Espacio Schengen, careciendo de cualquier tipo de autorización o permiso que le habilite para permanecer en España. 2. Que notificado a don Y.O. el referido acuerdo de iniciación, el interesado presentó escrito de alegaciones que no desvirtuaba el hecho cierto e incontrovertible de que no disponía de la documentación necesaria para permanecer en España. 3. Con fecha 24 de septiembre de 2001, se formuló por el instructor del expediente propuesta de expulsión del territorio nacional de don Y.O. con prohibición de entrada en él por un período tres años, siempre que no exista causa judicial que lo impida. 4. Que notificada al representante legal de don Y.O. la propuesta de expulsión del presente expediente, el interesado presentó escrito de alegaciones que no introducía ninguna circunstancia relevante para el expediente que nos ocupa.

(...) se aprecia vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción, de conformidad con los criterios establecidos para la graduación de las sanciones en el artículo 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

(...) hemos de tener en cuenta la nula fundamentación vertida por la Administración en su Resolución para la imposición de la sanción de expulsión, entendiéndolo que ello es una exigencia incuestionable en la imposición de sanciones, ya que en caso contrario la convierte en nula por inmotivada.

Procede por tanto, la sustitución de la sanción de expulsión por la sanción pecuniaria de multa (...). A la vista de que no han quedado acreditadas las circunstancias económicas en las que se encuentra el sancionado, y la carencia de datos que motiven un pronunciamiento diferente, más que el referido para la adquisición en su día de visado de residencia, procede imponer la sanción de multa en su tramo correspondiente a la tercera parte, (...)."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 20 de marzo de 2003.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1348/2001.

Ponente: Dña. Francisca Rosas Carrión.

Voz: Nacional de Marruecos. Denegación de entrada en territorio español.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente, nacional de Marruecos, contra la resolución por la que se procedió a denegarle la entrada en territorio español. Se declara la nulidad de las resoluciones, así como el derecho que tenía la recurrente a entrar en territorio español en la fecha en que se le denegó la entrada y se acordó el retorno al país de procedencia.

"Se insta en la demanda la anulación del acto impugnado y que se reconozca a la recurrente el derecho a entrar en territorio español al reunir los requisitos exigidos para ello conforme al precepto citado, toda vez que habiéndose acogido al proceso de regularización de la LO 4/2000, se había dictado resolución por la que se concedía permiso de residencia y trabajo, por lo que no necesitaba visado para entrar en España.

(...).

Consta en el expediente administrativo que la recurrente declaró en el Puesto Fronterizo que llegó a España hace tres años por Melilla, habiendo pasado sin pasaporte y habiéndose marchado el anterior 10 de octubre porque su hermano murió, si bien no tenía pasaje acreditativo de haberse marchado de España en la fecha indicada así como el documento de concesión del permiso de trabajo y residencia se lo mandó a Marruecos su hermano.

(...).

Consta también en el expediente administrativo copia de un permiso de trabajo y residencia en documento unificado tipo «B» a favor del recurrente, y su autenticidad ha sido comprobada durante el proceso mediante la aportación a los autos de certi-

Expulsión

ficación de la Delegación de gobierno en Murcia. De los documentos anteriores resulta que el citado permiso de trabajo y residencia había sido solicitado a favor de la recurrente en el procedimiento de regularización al amparo del RD 239/2000, de 19 de febrero, habiendo sido concedido por resolución dictada en fecha 14 de noviembre de 2000 por el Delegado del gobierno en Murcia, con vigencia hasta el día 13 de noviembre de 2001. No consta que se hubiese recurrido la expresada resolución, por lo que ha de estimarse que ganó firmeza.

En el caso de autos, la recurrente pretendió entrar en territorio nacional el día 25 de diciembre de 2001, por tanto, después de que se le hubiera concedido el precitado permiso de trabajo y residencia y estando el mismo vigente.

(...) en el caso presente han quedado desvirtuados los fundamentos de la actuación administrativa recurrida, por cuanto que, como se ha expresado anteriormente, el visado no es exigible cuando el extranjero sea titular de una autorización de residencia en España, o documento análogo que le permita la entrada en territorio español, y de lo actuado se desprende que en el presente caso, cuando la recurrente pretendió entrar en territorio nacional y le fue denegada la entrada, era titular de un permiso de trabajo y residencia que estaba vigente y no necesitaba visado, por todo lo cual procede, con estimación del presente recurso, declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas por el motivo examinado, si bien ha de señalarse que no resulta posible acoger en esta sentencia la pretensión de que se reconozca a la recurrente el derecho a entrar ahora en territorio español, por cuanto el permiso de trabajo y residencia concedido en fecha 14-11-2000 solo tenía un período de vigencia de un año y no consta que al tiempo de dictarse la presente resolución concurren las condiciones para que la demandante pueda entrar en España.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 20 de marzo de 2003.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1349/01.

Ponente: Dña. Fátima Arana Azpitarte.

Voz: Denegación de entrada en territorio español.

Resumen: Se estima el recurso interpuesto por el recurrente, contra la resolución por la que se procedió a denegarle la entrada en territorio español. Se declara la nulidad de las actuaciones, así como el derecho del recurrente a entrar en territorio español en la fecha en la que se le denegó la entrada y se acordó el retorno al país de procedencia.

“(…) ha quedado acreditado en el expediente administrativo que con fecha 18 de julio de 2000, la Delegación de Gobierno de Murcia dictó resolución por la que se concedía a don (...) permiso de trabajo y residencia en documento unificado tipo b), al amparo del RD 239/2000, de 18 de febrero, por el que se establece el procedimiento de regularización de extranjeros, con vigencia desde el 18 de julio de 2000 hasta el 17 de julio de 2001.

Así las cosas, y habiendo quedado desvirtuada la concurrencia de la causa que determinó la denegación de entrada en España del recurrente, toda vez que en la fecha en que pretendió entrar en España —25 de enero de 2001— era titular de permiso de residencia y trabajo, procede, con estimación del presente recurso, declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas así como el derecho que tenía el recurrente a entrar en dicha fecha en territorio español, siendo en que debe interpretarse lo solicitado en el suplico de la demanda, toda vez en que en el momento actual no se puede reconocer su derecho a entrar «como residente y trabajador», al ignorarse si dispone de tales permisos.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 7 de abril de 2003.

Recurso de Casación: 479/1999.

Expulsión

Ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

Voz: Expulsión. No se prueba la carencia de medios lícitos de vida. Licitud de la llamada "actividad de alterne". Ciudadana dominicana.

Resumen: El Tribunal ha lugar al recurso de casación interpuesto por doña C.A. contra la sentencia recurrida por la que se desestima el recurso interpuesto contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Lugo sobre acuerdo de expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada en España por tres años.

"La Sentencia objeto del presente recurso de casación confirmó la legalidad de la resolución del Subdelegado del Gobierno en Lugo por la que acordó la expulsión del territorio nacional por tres años de doña C.A., ciudadana dominicana. Dicha decisión fue adoptada en virtud del artículo 26.1.f) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España, es decir, por carecer la actora de medios lícitos de vida.

(...).

Las cuestiones suscitadas por el presente recurso de casación son las mismas que afrontó la Sala en su Sentencia de 25 de octubre de 2002 al resolver el recurso de casación 10326/1998, también interpuesto frente a una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictada en el proceso previsto en la Ley 62/1978 y confirmatoria de la legalidad de una orden de expulsión dictada por el Subdelegado del Gobierno en Lugo contra una extranjera sorprendida por la noche, en ropa interior, en un Club y a la que se le aplicó el artículo 26.1.f) de la Ley Orgánica 7/1985 ya que, al considerar la Administración que vivía del ejercicio de la prostitución, carecía de medios lícitos de vida.

Enfrentada la Sala a la invocación de la infracción de la jurisprudencia sobre la improcedencia de calificar como ilícita la llamada actividad de «alterne», dijo, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

«(...) la llamada actividad de 'alterne' no puede ser reputada ilegal a los efectos de configurar con ella el específico supuesto de expulsión que se contemplaba en el apartado f) del artículo 26 de la LO 7/1985 para la conducta consistente en 'desarrollar actividades ilegales'; y sobre esa base han argumentado que, siendo lícito el 'alterne', la calificación contraria realizada respecto del mismo con el fin de aplicar ese específico supuesto de expulsión de que se viene hablando constituye una vulneración, por inaplicación, del artículo 24.2 de la CE, en cuanto que ello supone una incriminación, sin actividad probatoria de cargo, de la concreta conducta reprochada como causa de expulsión.

(...) la Sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1996 declaró que la actividad de 'alterne' tampoco podía subsumirse en la expresión 'desarrollar actividades', (...), pues con independencia de la valoración ético-social que tal actividad pueda merecer, es lo cierto que no puede ser tachada de ilegal salvo que se produjera bajo circunstancias configuradoras de los tipos penales descritos como delitos relativos a la prostitución (...).

Y, tras lo anterior, debe señalarse que estas últimas circunstancias la resolución administrativa objeto de controversia en el presente proceso no las da por acreditadas.

(...) el razonamiento de la sentencia *a quo* no resulta acertado en el caso presente, ya que esa resolución administrativa impugnada no imputó a la recurrente como causa de su expulsión la falta de los correspondientes permisos.»

Pues bien, en el caso presente debemos seguir, en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, los mismos criterios que se acaban de reproducir, lo cual nos lleva a estimar el recurso de casación y, tras anular la Sentencia de instancia, a estimar también el recurso contencioso-administrativo, pues la resolución del Subdelegado del Gobierno en Lugo no es conforme a Derecho."

Permiso de residencia

PERMISO DE RESIDENCIA

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª

Fecha: 20 de diciembre de 2002.

Recurso de Casación: 5771/1998.

Ponente: D. Rodolfo Soto Vázquez.

Voz: Permiso de residencia y trabajo. Regularización 1991. La existencia de una detención aislada no puede dar lugar por sí sola a la denegación del permiso de residencia.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por la Administración del Estado contra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sobre denegación del permiso de trabajo.

“En el caso examinado (...) como única causa de denegación del permiso de residencia del súbdito marroquí demandante, solicitado en el año 1991 para regularizar su situación laboral en España al amparo del Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991, la Dirección General de Policía adujo la constancia de una conducta antisocial contraria al orden público, sin mayores especificaciones, concretándose únicamente, (...), que el único motivo de esa apreciación radicaba en que el solicitante no había acreditado el que hubiesen quedado sin efecto las responsabilidades penales derivadas de una detención que había sufrido en Cádiz más de siete años atrás (...) por tenencia de drogas. Ha quedado demostrado en el curso del proceso —y así lo declara la sentencia recurrida— que no constan ningún tipo de antecedentes penales, ni aun cancelados, con respecto a ese u otro hecho sancionable a cargo del demandante. Únicamente figura una nota manuscrita en el certificado negativo del Registro de Penados y Rebeldes haciendo constar la existencia de una causa (...) que no es otra que la presente, y que nada tiene que ver con la conducta anterior del demandante.

Por el contrario, sí consta acreditada la estancia del actor en España desde el año 1974 y la obtención del título de maestría industrial en 1976, así como que viene desempeñando satisfactoriamente su trabajo de monitor de relaciones públicas en la misma empresa desde hace más de diez años.

Aun admitiendo la existencia de una detención por posesión de drogas en el año 1984, sin que conste ni la finalidad de la tenencia ni la importancia cuantitativa de la droga ocupada, lo cierto es que ese hecho aislado no puede dar lugar por sí solo a la denegación del permiso de residencia siete años después cuando no ha dado lugar a la imposición de responsabilidad penal o administrativa de ningún tipo, ni la misma Administración ha juzgado conveniente la incoación de un expediente para acordar la expulsión que ahora alega como pretexto para denegar el permiso.

Por otra parte resulta difícil de concebir que pueda considerarse causa obstativa para regularizar la residencia en España de don A.R., a causa de su incidencia en motivo de expulsión del territorio nacional, por revelar una conducta atentatoria contra el orden y la tranquilidad pública un hecho del cual la Administración tenía sobrada constancia desde siete años atrás, sin que hasta el momento haya juzgado oportuno darse por enterada de ello.”

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. Nacionalidad paquistaní.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don E. contra resolución 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

Permiso de residencia

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 (...).

(...) 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: 14 de enero de 2003.

Recurso Contencioso-Administrativo: 255/2002.

Ponente: D. José Luis Díaz Roldán.

Voz: Permiso de residencia temporal. Denegación. Nacionalidad paquistaní.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don B. contra Resolución por la que se deniega permiso de residencia temporal.

“Por el actor se impugna la resolución del Delegado del Gobierno en La Rioja, de fecha 15 de marzo de 2002, que denegaba el permiso de residencia temporal solicitado, advirtiéndole de la obligación de abandonar el territorio español. La razón por la que la Administración deniega dicho permiso es no haber acreditado que se encontrara en España antes del 23 de enero de 2001.

Alega el recurrente que ha probado el cumplimiento del expresado requisito mediante la aportación de la tarjeta de embarque, en la que figura que se trasladó el día 14 de septiembre de 2000 desde Londres a Bilbao, (...), y mediante el justificante de envío de dinero (...), lo que conduce a la concesión del permiso petitionado al cumplir legalmente los restantes requisitos exigidos.

El actor, ciudadano de nacionalidad paquistaní, solicitó el día 13 de junio de 2001 la concesión de permiso de residencia temporal por arraigo (...).

La Sala considera que no resulta acreditado que el actor estuviera en España de forma estable con anterioridad al 23 de enero de 2001, porque a estos efectos es insuficiente la prueba practicada, pues tanto la fotocopia de la tarjeta de embarque obrante en el expediente administrativo como la fotocopia del justificante de envío de dinero expedido el 29 de noviembre de 2000, no pueden servir para acreditar dicha circunstancia, por carecer de la suficiente consistencia. Respecto a esta última prueba documental, aunque compareció en la fase probatoria el representante legal de la empresa (...), afirmando que para el envío del dinero se le exigió la documentación, dicha manifestación por sí sola no

Permiso de residencia

tiene virtualidad necesaria para probar que, efectivamente, fue el actor quien hizo dicho envío.”

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

Fecha: 21 de enero de 2003.

Recurso Contencioso-Administrativo: 120/2002.

Ponente: D. José Luis Díaz Roldán.

Voz: Permiso de residencia temporal por arraigo. Nacionalidad marroquí.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por don S. contra la resolución del Delegado del Gobierno en La Rioja, reconociendo el derecho del actor a que le sea concedido el permiso de residencia solicitado.

“Por el actor se impugna la resolución del Delegado del Gobierno en La Rioja, de fecha 19 de diciembre de 2001, que denegaba el permiso de residencia temporal solicitado, advirtiéndole de la obligación de abandonar el territorio nacional en el plazo de quince días. La razón por la que la Administración no concede el permiso solicitado es no haber acreditado fehacientemente que se encontrase en España desde antes del 23 de enero de 2001.

Alega el recurrente que llegó a España en el año 2000 y que, por tanto, cumple los requisitos exigidos para la concesión del permiso de residencia interesado.

El actor, ciudadano de nacionalidad marroquí, solicitó el día 19 de junio de 2001 la concesión del permiso de residencia temporal por arraigo (...).

(...) en el proceso queda acreditado, (...) que el actor tuvo su residencia y domicilio habitual, en el inmueble sito en C/ (...), viviendo en dicho municipio durante el año 2000, lo que unido a los restantes documentos aportados con la demanda prueban que se encontraba en España con anterioridad al 23 de enero de 2001.

Una vez acreditada esta circunstancia, queda por verificar si cumple los restantes requisitos exigidos

(...) para la concesión del permiso de residencia petitionado.

En un estudio del expediente administrativo incorporado a los autos se comprueba que el actor presentó una oferta de trabajo junto con su solicitud, carece de antecedentes, no está incurso en ninguna de las causas de expulsión (...), ni ha sido acordada su expulsión del territorio nacional, ni tampoco tiene proceso judicial penal en curso.”

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

Fecha: 31 de enero de 2003.

Recurso Contencioso-Administrativo: 460/2002.

Ponente: D. Juan A. Fernández Fernández.

Voz: Permiso de residencia. Temporal por arraigo. Denegación improcedente.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por doña M.F.C.B. contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Navarra por la que se deniega a la recurrente la residencia temporal por arraigo, imponiéndose la obligación de abandonar el territorio nacional.

“La recurrente solicitó el permiso de residencia temporal el 18 de julio de 2001, antes de que hubiese entrado en vigor el Real Decreto 864/2001; así, de conformidad con la transitoria segunda de esa norma, hay que aplicar al caso la LO 4/2000 y el Real Decreto 155/1996.

La solicitud de la recurrente fue desestimada porque no acreditó la situación de arraigo y así es si nos ceñimos a lo que consta en el expediente.

Pero con la demanda se ha presentado certificado de empadronamiento a tenor del cual la recurrente desde el 16 de marzo de 2000 reside en España en el mismo domicilio con quien resulta ser el padre de su hijo, y que en la fecha de la solicitud tenía permiso de residencia y trabajo.

Procedimiento sancionador

Con esos datos reales, y en particular el de convivencia que ha de presumirse *more uxorio* con residente legal en España, entendemos acreditada la situación de arraigo (artículo 31.4 de la LO 4/2000).

Por esa sola razón, no otra ha sido en apreciación contraria la que ha motivado la denegación del permiso, y no exactamente por la de reagrupación familiar también alegadas por el recurrente hay que estimar su pretensión.”

PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.

Fecha: 31 de enero de 2003.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1487/2002.

Ponente: D. Juan Luis Ibarra Robles.

Voz: Procedimiento sancionador. Nacional de Irán. Sanción de expulsión del territorio nacional.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don F. en relación con la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa que impuso al recurrente la sanción de expulsión del territorio español así como la adicional de prohibición de entrada por tres años en el territorio de aplicación del Convenio de Schengen.

“En la resolución recurrida se acoge la siguiente imputación fáctica: don F. 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.

(...) se imputa al extranjero recurrente que efectuara su entrada en el espacio Schengen sin pasaporte y que permaneciera de manera irregular en España, al carecer de cualquier tipo de autorización o permiso

que le habilite para la estancia en nuestro país. Y se califica dicho hecho como constitutivo de la infracción administrativa grave (...).

No se aprecia vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción, de conformidad con los criterios establecidos para la graduación de las sanciones (...).

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 al no portar autorización administrativa de tránsito, estancia o residencia en España, habiendo entrado en el espacio Schengen sin estar provisto de pasaporte) 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 el recurrente tiene una notable trascendencia en la medida en la que frustra o, en el caso de autos, pone en riesgo la finalidad de la exigencia legal de que el extranjero que pretenda entrar en territorio español debe hacerlo provisto de pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad; y, así mismo, debe cumplir con el resto de los requisitos que se establecen en el artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000; igualmente, para la estancia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días; o, en su caso, para residir en territorio español el extranjero debe estar provisto de la pertinente autorización administrativa.”

Procedimiento sancionador

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.

Fecha: 31 de enero de 2003.

Recurso Contencioso-Administrativo: 2040/2001.

Ponente: Dña. María Abelleira Rodríguez.

Voz: Procedimiento sancionador. Natural de Bangla desh. Sanción de expulsión del territorio nacional.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto por don F. en relación con la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa que impuso al recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional 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: 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 fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente constituyendo la misma un hecho negativo (no haber solicitado ni obtenido la exigible prórroga de estancia o el permiso de residencia al ser requerido para ello por la policía del puesto fronterizo de Biriattou-Irún) y tal situación, en la formulación empleada por la autoridad instructora tanto en el acuerdo de incoación (...) como en la propuesta de resolución (...) no se aprecia que se produzca una infracción del deber administrativo de motivación fáctica de los actos de gravamen (...) (referida a la ausencia de un título habilitante para la permanencia en España) del fundamento jurídico que los recoge y ampara y de la sanción que se les atribuye. Debiendo tener en cuenta que el recurrente en las alegaciones formuladas al acuerdo de incoación imputa el defecto de motivación respecto de la propuesta de resolución que todavía no se había dictado, y, una vez dictada esta última, no formula ninguna alegación, ni presenta documento alguno que desvirtúe los hechos que se le atribuyen de estancia irregular en el territorio nacional.

(...).

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 Sr. F. al Consulado de Bangladesh. 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 Sr. F. 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 ningún caso por el hecho constatado en territorio español de carencia de visado o permiso de residencia.

(...) referida la infracción a la situación de estancia ilegal en territorio nacional sin título habilitante, la

prueba de cargo aparece suficientemente constituida mediante el hecho acreditado y documentado en el expediente administrativo de que el recurrente, al ser requerido de identificación por funcionarios de la policía de fronteras no mostró ningún título habilitante para su estancia en el espacio Schengen, ningún documento, ni portaba identificación alguna. Frente a dicha prueba de cargo, la defensa de la parte actora no rebate el hecho de forma alguna, conociendo sin embargo la imputación que se le realiza de estancia ilegal en territorio nacional y la carencia de título alguno que se lo permita. Esta apreciación inicial de carácter material se ha visto consolidada mediante la completa ausencia de alegación y prueba en contrario por parte de la imputada en la fase de prueba del procedimiento administrativo. Por lo que debe tenerse, también, por adecuadamente probada la comisión de la infracción prevista en el apartado a) del artículo 53 de la Ley Orgánica 8/2000.

(...).

Lo que, trasladado al caso de autos, obliga a concluir que 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.

(...) 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 (...).

b) (...) 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."

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA
Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Fecha: 19 de septiembre de 2002.

Recurso de Suplicación: 8511/2001.

Ponente: Dña. María del Carmen Figueras Cuadra.

Voz: Pensión de Jubilación: determinación de su cuantía. Base reguladora en la que no se tiene en cuenta los servicios prestados por trabajadora sin permiso de trabajo.

"Insiste la demandante en esta Sede en su pretensión de obtener una prestación de importe superior al reconocido en vía administrativa. La resolución combatida considera correcto el cálculo de la entidad Gestora, al no tener en cuenta los servicios prestados por la actora con anterioridad a 1967, toda vez que la misma es de nacionalidad británica y en aquel momento carecía de permiso de trabajo.

Apoya sus tesis la recurrente en la jurisprudencia que cita a la que añade parte del contenido de la Sentencia de esta Sala de fecha 8 de noviembre de 1999; sin embargo olvida que todas ellas se refieren

Derecho al trabajo

supuestos en los que se discute la existencia de requisitos para la obtención de una prestación de jubilación, que no una cuestión de cotización y si bien, como es obvio, la doctrina jurisprudencial ha tenido y tiene un criterio favorable el reconocimiento del derecho a la prestación solicitada, en determinados supuestos, respecto al porcentaje al que deba ascender la misma el criterio es distinto, así es de advertir que si bien existe relación laboral, no solo cuando medie formalmente un contrato escrito o de palabra, sino también cuando quede acreditada la prestación de servicios retribuidos dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario, habida cuenta de la presunción en orden a la existencia del contrato de trabajo entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquél, contenida en el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, en el supuesto que nos ocupa, al tratarse de una trabajadora extranjera que no tenía regularizada su situación administrativa al no haber obtenido el permiso de trabajo y residencia correspondiente en el período controvertido, es claro, como acertadamente razona la Magistrado de instancia, que en aplicación, precisamente, de los preceptos invocados, los servicios prestados en tal lapso de tiempo no pueden ser tenidos en cuenta para solicitar mayor base reguladora.”

* * *

NOTA: Aunque ni los hechos de los que trae su causa ni las consideraciones vertidas en instancia aparecen suficientemente especificados en la sentencia objeto de comentario, puede colegirse que en el presente pronunciamiento judicial ocurrieron las siguientes circunstancias: la demandante, ciudadana de nacionalidad británica, solicitó prestación de jubilación al Instituto Nacional de Seguridad Social, que se le reconoce sobre la base de 8.239 días de cotización al Régimen General de Seguridad Social (períodos de

14-10-1976 a 23-03-1986 y 24-03-1986 a 05-05-1999), acreditando así mismo 3.808 días cotizados en Gran Bretaña (período de 06-04-1952 a 05-06-1966), lo que determinó que la cuantía final de la pensión fuese el resultado de aplicar el porcentaje del 84% –en función de los años de cotización– a la correspondiente base reguladora, del cual, el 68,8% de la prestación era a cargo de la Seguridad Social española.

Queda fuera del debate, por ser una cuestión controvertida, pero conviene recordar, que el cálculo de la pensión efectuado responde al principio de conservación de los derechos adquiridos que posibilita el cómputo de cotizaciones realizadas en Sistemas de Seguridad Social diferentes. En particular, implica la asunción como propias de cotizaciones efectuadas en un Sistema de Seguridad Social distinto al que va a reconocer una determinada prestación, dando lugar a lo que se ha venido en llamar “totalización de períodos de seguro”.

Centrándonos en el fondo del asunto, se intuye que la recurrente alegó la aplicación del criterio flexibilizador que la jurisprudencia y la doctrina judicial han venido utilizando frente a una exigencia puramente formalista de los requisitos exigidos para acceder a ciertas prestaciones de Seguridad Social –en particular respecto de las de incapacidad permanente y supervivencia y, en menor medida, de la de jubilación– para impedir que su ausencia en determinadas circunstancias particulares determine el no reconocimiento de la prestación y provoque situaciones de desprotección social no queridas por el Sistema de Seguridad Social. Ese sentido humano e individualizador que atiende a las concretas circunstancias del sujeto causante entendemos que no son de aplicación en el presente caso puesto que la controversia no se centra en el reconocimiento de la pensión de jubilación –que ya le ha sido reconocida a la demandante– sino de ascender el porcentaje aplicable y, en consecuencia, incrementar la cuantía de la pensión solicitada. Así acertadamente concluye la Sentencia objeto de comentario aunque, quizá, la argumentación utilizada sea excesivamente parca.

Derecho al trabajo

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Fecha: 8 de octubre de 2002.

Recurso de Suplicación: 3545/1999.

Ponente: D. José Fernando Lousada Arochena.

Voz: Convenio Especial de la Seguridad Social para emigrantes e hijos de emigrantes. Denegación de alta por falta de acreditación de la obligación de cotización en el país de acogida.

“SEGUNDO: Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, se denuncia la inaplicación del artículo 1.1 del Real Decreto 996/1986, de 25 de abril, y de la Orden Ministerial de 28-7-1987, normas reguladoras del convenio especial de emigrantes y de hijos de emigrantes, en relación con el Convenio, de 7-11-1979, entre España y los Estados Unidos de México, BOE de 5-2-1981, denuncias, a juicio de la Sala, rechazables, con la consiguiente desestimación del recurso de suplicación y confirmación íntegra de la sentencia de instancia, por los siguientes motivos de índole jurídico:

1ª. De acuerdo con el artículo 1.1 del Real Decreto 996/1986, de 25 de abril, desarrollado a través de la Orden Ministerial de 28-7-1987, el convenio especial se establece para emigrantes e hijos de emigrantes «que trabajen en países que no tengan suscritos con España un Acuerdo o Convenio de Seguridad Social, o que, teniéndolo, no cubra todas o alguna de las prestaciones de jubilación, invalidez y muerte y supervivencia» asimilándose el de autos a estos otros supuestos por «la no exigencia de afiliación, por parte del Instituto Mexicano de Seguridad Social, de aquellas personas que ejerzan la actividad por cuenta propia, entre los que se encuentran los administradores y gerentes generales de sociedades» –en la razonable interpretación en beneficio del solicitante, sustentada a lo largo del expediente administrativo y plasmada en la resolución de la reclamación previa, de la Tesorería General de la Seguridad Social–.

2ª. Pero, mientras los supuestos especialmente contemplados en la norma reglamentaria, no precisan

de mayor esfuerzo probatorio, ya que, siendo los convenios internacionales una parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico –artículo 96 de la Constitución–, se les aplica el *iura novit curia*, no ocurre así con el supuesto razonablemente asimilado, el cual exige, a los efectos de su apreciación, la acreditación de la imposibilidad de afiliación en la Seguridad Social de México, lo cual, a la vista de la declaración de hechos probados, no se ha acreditado –lo único acreditado es la ausencia de afiliación–, pero no su imposibilidad, o, dicho en otros términos, no resulta acreditado que, conforme a la legislación mexicana el demandante no esté incluido, como trabajador no autónomo, en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social de México.

3ª. Si la finalidad del convenio especial de emigrantes y de hijos de emigrantes es garantizar la protección de quienes, trabajando en el extranjero, a través de los demás mecanismos establecidos –los Convenios Internacionales de Seguridad Social– no la tengan garantizada en nuestra Seguridad Social, la ausencia de acreditación de la imposibilidad del solicitante de afiliación en la Seguridad Social de México, nos lleva a la duda –bastante sólida si atendemos a su situación en la sociedad empleadora– sobre si el solicitante puede –y acaso deba– estar afiliado, como trabajador no autónomo, en la Seguridad Social de México, en cuyo caso, si retornase y trabajase en España, sí se computarían sus cotizaciones mexicanas y españolas gracias a lo establecido en el Convenio, de 7-11-1979, entre España y los Estados Unidos de México, BOE de 5-2-1981.

4ª. Conviene insistir, en todo caso, que, en el documento de constancia emitido, a petición de la Tesorería General de la Seguridad Social, por el funcionario competente del Instituto Mexicano del Seguro Social, no resulta acreditado que, tomando conocimiento dicho Instituto de la situación del solicitante, éste no deba estar afiliado a la Seguridad Social de México, sino sólo (1) «que, al día de la fecha, el (actor) (...) no se encuentra afiliado al Instituto Mexicano del Seguro Social», y (2) «que de con-

Derecho al trabajo

formidad con el artículo 222 de la Ley del Seguro Social, y de lo dispuesto en el Acuerdo n° 112893 del H. Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro Social, de fecha 13 de mayo de 1963 que se mantiene vigente, los patronos personas físicas así como los administradores únicos, no tienen la obligación de estar incorporados como asegurados al Régimen Obligatorio del Seguro Social».”

* * *

NOTA: Los hechos en que se apoya la sentencia son los siguientes: El actor solicita el alta en el Convenio Especial de la Seguridad Social para inmigrantes e hijos de inmigrantes ante la Tesorería de la Seguridad Social que la desestima. Formulada reclamación previa, fue igualmente rechazada. Con posterioridad formula demanda y ante idéntico resultado negativo, interpone recurso de suplicación, que es el que resuelve la sentencia.

Como se sabe el alta en este tipo de Convenios especiales de la Seguridad Social determina la inclusión en el régimen general de la Seguridad Social del trabajador español emigrante en un país extranjero que no tenga suscrito Convenio o Acuerdo de Seguridad Social con España o que teniéndolo no cubra todas o algunas de las prestaciones de jubilación, invalidez y muerte o supervivencia, o que pretenda retornar de un país que no tenga suscrito Convenio o Acuerdo de Seguridad Social con España, siempre y no se halle incluido obligatoriamente en algún régimen público de protección en España.

En el presente supuesto, el actor pretende el alta en el Convenio Especial, considerando que sus circunstancias se encuadran, por asimilación, en el ámbito de aplicación del artículo 1.1 del Real Decreto 996/1986, de 25 de abril, y de la Orden Ministerial de 28-7-1987 –normas que regulan los citados Convenios Especiales–, ya que durante su estancia en México desempeñó el cargo de gerente de compras de la Sociedad M.M. S.A., en la que además tenía una pequeña participación (70 acciones de un total de 700), no afiliándose al Instituto Mexicano de Segu-

ro Social al no tener obligación según la legislación mexicana.

Bien es cierto que de la prueba documental obrante en el expediente se deduce que el actor no se encontraba afiliado al Instituto Mexicano del Seguro Social; no resulta, sin embargo, acreditado a juicio del Tribunal, la falta de obligación de cotización, por cuanto que lo único que se aporta a tal efecto es un documento del citado Instituto, en el que se relacionan los supuestos –patronos personas físicas y administradores únicos– en que, de acuerdo con la legislación mexicana, no hay obligación de incorporarse como asegurado al Régimen Obligatorio de Seguro Social.

El juzgador no entra a valorar si, de acuerdo con la citada normativa extranjera, las circunstancias personales del actor –gerente de compras y titular de un pequeño porcentaje de las participaciones sociales– determinarían su obligación o no de estar asegurado, únicamente pone de manifiesto que dicha circunstancia no ha quedado expresamente acreditada por ninguno de los documentos obrantes en autos y como consecuencia de ello no es posible acceder a la petición del actor, por lo que confirma la sentencia de instancia.

Tribunal: Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Fecha: 3 de diciembre de 2002.

Recurso de Casación para Unificación de Doctrina: 302/2002.

Ponente: D. Luis Ramón Martínez Garrido.

Voz: Trabajadores del mar: pensión de jubilación: servicios prestados en embarcaciones de bandera alemana a efectos de bonificación de edad.

“SEGUNDO: Denuncia en su recurso el demandante la infracción, por interpretación errónea, del mandato del artículo 2 de la Orden de 17 de noviembre de 1983 que desarrolla el Decreto 2309/1970, de 23 de julio, por el que se regula el Régimen Especial de la

Derecho al trabajo

Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, censura que, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, merece favorable acogida.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el tema discutido en nuestra Sentencia de 21 de enero de 2002 (recurso 1175/2001). Sus argumentos han de ser necesariamente reproducidos en el presente supuesto dada la identidad de situaciones. Decíamos allí que «el artículo 2 de la Orden de 17 de noviembre de 1983, por la que se desarrolla el Decreto 2309/1970, sobre reducciones de edades mínimas para causar Pensión de Jubilación en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, establece que 'El tiempo servicio por marinos españoles a bordo de embarcaciones extranjeras abanderadas en países con los que exista Convenio de Seguridad Social aplicable a los trabajadores del mar, o en otros países, siempre que en este último caso tengan los interesados suscrito Convenio Especial con el Instituto Social de la Marina, será tenido en cuenta a los efectos de reducción de la edad de jubilación en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, si se acreditara el mismo de forma suficiente a juicio de la entidad gestora'. Tal y como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, el precepto es claro cuando otorga el referido derecho a que se compute el tiempo de prestación de servicios en buques de bandera holandesa u otro país con el que exista Convenio en materia de Seguridad Social, a los efectos de calcular el coeficiente de reducción por edad de la pensión de jubilación de los trabajadores del mar que se hayan visto en tal situación, con independencia de que la pensión se haya calculado íntegramente con arreglo a la normativa española, pues lo que hace el precepto es equiparar a estos efectos totalmente el tiempo de servicio en buques españoles y extranjeros, siempre que se den las condiciones que el precepto exige, que en este caso se cumplen a la vista del Convenio sobre Seguridad Social suscrito entre España y el Reino de los Países Bajos, en vigor desde 1 de diciembre de 1974».

Poco importa que en el presente supuesto se trate de servicios prestados en buques de bandera alemana, pues con la República Federal de Alemania también existía el Tratado de 4 de diciembre de 1977. La recurrida, en su impugnación alega que ese tratado quedó sin efecto en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento 1408/1971 que, según su tesis, sustituyó a todos los tratados bilaterales entre los Estados miembros. Objeción que hemos de rechazar. La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de noviembre de 2000, asunto Thelen, ratifica la doctrina establecida en las sentencias, Aranjó, Thévenon y Grajera, en el sentido de que el precepto invocado no se opone a la aplicación de las disposiciones de un convenio entre Estados más favorable, interpretación que es aplicable al presente supuesto.

TERCERO: Implica lo más arriba expuesto que, en el caso que hoy resolvemos, aplicando esa doctrina, el demandante ya rebasaba la edad mínima de jubilación y que por ello tenga derecho al 100% de la prestación con cargo a la Seguridad Social Española, habida cuenta de que es hecho conforme que reúne cotizaciones suficientes para ello.”

* * *

NOTA: Aun siendo la edad ordinaria de jubilación los 65 años, en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar existen coeficientes reductores de la edad de jubilación que varían del 0,40 a 0,10 según el tipo de trabajo que se realizó y la clase de embarcación en que se efectuó aquél, que permiten llegar a una reducción de dicha edad de hasta 10 años, como máximo, respecto a la general de 65 años. Pues bien, a la vista de los hechos probados, el actor, que a la fecha del hecho causante tenía 61 años de edad, acreditó 5.010 días embarcados de coeficiente 0,35 (en buques alemanes) y 1.542 días en buques de coeficiente 0,30, cuya totalidad suponían una edad de bonificar de 6,75 años, por lo que alcanzaba la edad de 65 años, necesaria para causar jubilación conforme a la legislación nacional.

Derecho al trabajo

Pero es que, además, por cotizaciones, según se recoge también en los antecedentes de hecho, el trabajador tenía derecho al 100% de la pensión sobre una base reguladora de 81.325 pesetas mensuales.

Sobre la base de tales presupuestos, solicitó el interesado del ISM la pensión de jubilación que le fue concedida por dicho Instituto en el 66,56 de *prorata temporis*. Disconforme el actor con el porcentaje y la división de la pensión a prorrata (en virtud del tiempo de servicios prestados en buques alemanes), una vez agotada la vía administrativa, presentó demanda –que tuvo acogida favorable– en la que solicitaba el abono del 100% de la base reguladora de la pensión controvertida con cargo exclusivo a la Seguridad Social española.

El Tribunal Supremo confirma esta conclusión, rechazando la tesis de que si la pensión debía ser únicamente a cargo de la Seguridad Social española sólo habrían de tomarse en consideración los períodos en los que el actor trabajó en barcos españoles o, dicho de otro modo, si se tenían en cuenta los servicios en embarcaciones alemanas, la distribución de la cuantía de pensión habría de hacerse a prorrata. Para ello se basa en el artículo 2 de la Orden de 17 de noviembre de 1983, que desarrolla el Decreto 2309/1970, de 23 de julio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar, en cuya virtud, para el cálculo de la reducción de edades mínimas para causar pensión de jubilación en dicho régimen, permite computar el tiempo servido a bordo de embarcaciones extranjeras abanderadas en países con los que existe Convenio de Seguridad Social aplicable a los trabajadores del mar.

El fallo contenido en el reseñado recurso de casación para la unificación de doctrina, aun teniendo gran relevancia, no ofrece mayores comentarios desde el momento en que el propio Tribunal Supremo admite que la base de dicha doctrina había sido ya sentada en un pronunciamiento del mismo año (en concreto, en Sentencia de 21 de enero de 2002), si

bien en esta ocasión extiende su doctrina al supuesto en que los servicios se hubiesen prestado en buques abanderados en países ahora miembros de la Unión Europea, siempre que exista un Convenio de Seguridad Social entre Estados que pueda reputarse más favorable. A ello no se oponen –y la sentencia objeto de comentario apoya tal consideración en jurisprudencia comunitaria– los artículos 6 y 7 del Reglamento del Consejo 1408/1971, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento del Consejo 2001/83, de 2 de junio de 1983, modificado por el Reglamento del Consejo 2332/89, de 18 de julio de 1989.

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 8 de mayo de 2003.

Asunto: C-438/00.

Ponente: A. Pergola.

Voz: Principio de no discriminación. Acuerdo de Asociación de las Comunidades Europeas con Eslovaquia: Limitación del número de jugadores profesionales nacionales de países terceros que pueden alienarse por equipo en el campeonato de una federación deportiva.

“El litigio principal y la cuestión prejudicial

9. El Sr. Kolpak, nacional eslovaco, celebró en marzo de 1997 un contrato de trabajo de duración determinada, que expiraba el 30 de junio de 2000, y en febrero de 2000 un nuevo contrato de duración determinada, que expiraba el 30 de junio de 2003, para ocupar el puesto de portero en el equipo alemán de balonmano de Segunda División TSV Östringen eV Handball. El Sr. Kolpak percibe un sueldo mensual. Reside en Alemania y tiene un permiso de residencia válido.

Derecho al trabajo

10. El DHB, que organiza partidos de Liga y de Copa en el ámbito federal, le expidió con arreglo al artículo 15 del SpO una licencia de jugador en la que figuraba la letra «A» debido a su nacionalidad eslovaca.

11. El Sr. Kolpak, que había solicitado que se le expidiese una licencia de jugador que no incluyese la mención correspondiente a los nacionales de países terceros, entabló una demanda ante el Landgericht Dortmund (Alemania) contra esta decisión del DHB. Alegaba que la República Eslovaca es uno de los países terceros cuyos nacionales pueden participar sin ninguna restricción en las competiciones, en las mismas condiciones que los jugadores alemanes y comunitarios, en virtud de la prohibición de discriminación que se deriva del Tratado CE, en relación con el Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia.

12. El Landgericht condenó al DHB a expedir al Sr. Kolpak una licencia de jugador sin la mención «A», debido a que, a tenor del artículo 15 del SpO, éste no debía ser tratado igual que un jugador nacional de un país tercero. El DHB recurrió contra esta sentencia ante el Oberlandesgericht Hamm.

13. El órgano jurisdiccional remitente considera que la remisión al artículo 48 del Tratado CE (actualmente artículo 39 CE, tras su modificación) que realiza el artículo 15, apartado 1, letra b), del SpO debe entenderse en el sentido de que esta última disposición se aplica únicamente a los jugadores que tengan derecho a un trato de total igualdad con los nacionales comunitarios desde el punto de vista de la libre circulación de trabajadores. Según esta interpretación, el Sr. Kolpak no tendría derecho a la expedición de una licencia sin las restricciones derivadas de la inclusión de la letra «A», puesto que en los Acuerdos de asociación celebrados con los países de Europa del Este y del Mediterráneo y en particular en el Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia no figura esta igualdad de trato de carácter general.

14. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si lo dispuesto en el artículo 15, apartado 1, letra b), del SpO es contrario al artículo 38 del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia. Si éste fuera el caso y este último artículo tuviera efecto directo frente a los particulares, el Sr. Kolpak podría exigir la expedición de una licencia sin restricciones. [...] Sobre la cuestión prejudicial [...] Sobre el efecto directo del artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia.

[...]

24. Es necesario indicar con carácter preliminar que, en el apartado 30 de la Sentencia de 29 de enero de 2002, *Pokrzepowicz-Meyer* (C-162/00, Rec. p. I-1049), el Tribunal de Justicia ya reconoció efecto directo al artículo 37, apartado 1, primer guión, del Acuerdo europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Polonia, por otra, firmado en Bruselas el 16 de diciembre de 1991 y aprobado en nombre de las Comunidades por la Decisión 93/743/Euratom, CECA, CE del Consejo y de la Comisión, de 13 de diciembre de 1993 (DO L 348, p. 1; en lo sucesivo, «Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Polonia»).

25. Pues bien, en primer lugar, el tenor del artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia y el del artículo 37, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Polonia son idénticos.

26. En segundo lugar, el Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia y el Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Polonia no se distinguen en cuanto a sus objetivos y al contexto en el que fueron adoptados. En efecto, en virtud de su último considerando y de su artículo 1, apartado 2, ambos persiguen, entre otros objetivos, crear una asociación destinada a fomentar la expan-

Derecho al trabajo

sión del comercio y unas relaciones económicas armoniosas entre las partes contratantes para favorecer así el desarrollo económico dinámico y la prosperidad en un caso de la República de Polonia y en el otro de la República Eslovaca, con el fin de facilitar la adhesión de estos países a las Comunidades.

27. En tales circunstancias, del mismo modo que el artículo 58, apartado 1, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Polonia no se opone al efecto directo del artículo 37, apartado 1, primer guión, del citado Acuerdo (véase la Sentencia Pokrzeptowicz-Meyer, antes citada, apartado 28), el artículo 59, apartado 1, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia no puede oponerse al efecto directo del artículo 38, apartado 1, primer guión, del mismo Acuerdo, habida cuenta de la similitud de las disposiciones de que se trata.

28. Por otra parte, al igual que en el caso del artículo 37, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Polonia, la ejecución del artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia no se supedita a que el Consejo de asociación creado por dicho Acuerdo adopte medidas complementarias destinadas a definir sus modalidades de aplicación (véase la Sentencia Pokrzeptowicz-Meyer, antes citada, apartado 29).

29. Por último, al igual que en el caso del artículo 37, apartado 1, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Polonia, los términos «sin perjuicio de las condiciones y modalidades aplicables en cada Estado miembro», que figuran en el artículo 38, apartado 1, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia, no pueden interpretarse en el sentido de que permiten a los Estados miembros supeditar a determinados requisitos o restringir de manera discrecional la aplicación del principio de no discriminación que se recoge en esta disposición, ya que tal interpretación vaciaría de contenido la citada disposición y la privaría, por

tanto, de cualquier efecto útil (véase la Sentencia Pokrzeptowicz-Meyer, antes citada, apartados 20 a 24).

30. En tales circunstancias, procede reconocer efecto directo al artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia, efecto que implica que los nacionales eslovacos que se amparen en dicho artículo están facultados para invocarlo ante los órganos jurisdiccionales nacionales del Estado miembro de acogida. *Sobre la aplicabilidad del artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia a una norma adoptada por una federación deportiva*

31. Con carácter preliminar, debe recordarse que, por lo que se refiere al artículo 48, apartado 2, del Tratado, se desprende del apartado 87 de la sentencia de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921), que la prohibición de discriminación contenida en esta disposición se aplica a reglamentaciones adoptadas por asociaciones deportivas que determinen las condiciones de ejercicio de una actividad por cuenta ajena por parte de deportistas profesionales.

32. A este respecto, en el apartado 84 de la Sentencia Bosman, antes citada, el Tribunal de Justicia observó que las condiciones de trabajo se rigen, en los diferentes Estados miembros, bien por disposiciones de carácter legislativo o reglamentario, bien por convenios y otros actos celebrados o adoptados por personas privadas, y que, por consiguiente, si el objeto del artículo 48 del Tratado se limitara a los actos de la autoridad pública, ello podría crear desigualdades en su aplicación.

33. Por lo que se refiere al artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia, para determinar si esta disposición se aplica a una norma adoptada por una federación deportiva como el DHB, es necesario examinar si la interpretación del artículo 48, apar-

Derecho al trabajo

tado 2, del Tratado seguida por el Tribunal de Justicia puede trasladarse en el caso de autos a la citada disposición del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia.

34. En relación con esto, el Tribunal de Justicia afirmó en los apartados 39 y 40 de la Sentencia Pokrzeptowicz-Meyer, antes citada, que, por lo que se refiere al artículo 37, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Polonia y aunque esta disposición no establece un principio de libre circulación de los trabajadores polacos dentro de la Comunidad, mientras que el artículo 48 del Tratado reconoce en favor de los nacionales comunitarios el principio de libre circulación de los trabajadores, de la comparación de los objetivos y el contexto del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Polonia, por una parte, y los del Tratado CE, por otra, se desprende que no existe ningún motivo para atribuir al artículo 37, apartado 1, primer guión, de dicho Acuerdo un alcance diferente del que determinó el Tribunal de Justicia en lo que respecta al artículo 48, apartado 2, del Tratado.

35. En este contexto, el Tribunal de Justicia afirmó en el apartado 41 de la Sentencia Pokrzeptowicz-Meyer, antes citada, que el artículo 37, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Polonia establece en favor de los trabajadores de nacionalidad polaca, desde el momento en que están contratados legalmente en el territorio de un Estado miembro, un derecho a la igualdad de trato en materia de condiciones de trabajo que tiene el mismo alcance que el que, en términos similares, reconoce a los nacionales comunitarios el artículo 48, apartado 2, del Tratado.

36. De lo anterior y de las consideraciones formuladas en los apartados 25 a 30 de la presente Sentencia resulta que la interpretación del artículo 48, apartado 2, del Tratado, elaborada por el Tribunal de Justicia en la Sentencia Bosman, antes citada, y recordada en los apartados 31 y 32 de la presente Sentencia,

puede trasladarse al artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia.

37. En tales circunstancias, procede concluir que el artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia se aplica a una norma adoptada por una federación deportiva como el DHB que determine las condiciones de ejercicio de una actividad por cuenta ajena por parte de deportistas profesionales.

Sobre el alcance del principio de no discriminación establecido en el artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia.

38. A juicio del DHB y de los Gobiernos helénico, español e italiano, el alcance de la cláusula de no discriminación contenida en el artículo 38 del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia no tiene como finalidad poner en pie de total igualdad a los trabajadores nacionales de la República Eslovaca y a los trabajadores nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea. El DHB y los citados Gobiernos afirman que la libre circulación de trabajadores prevista en el artículo 48 del Tratado, tal como fue aplicada en el ámbito deportivo por la Sentencia Bosman, antes citada, puede beneficiar únicamente a los nacionales comunitarios o a los de un Estado miembro del EEE.

39. Además, todas las partes que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia están de acuerdo en que la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, que recoge el artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia, se aplica sólo a los trabajadores de nacionalidad eslovaca que ya estén legalmente contratados en el territorio de un Estado miembro y únicamente por lo que respecta a las condiciones de trabajo, de retribución o de despido.

Derecho al trabajo

40. En relación con este extremo, el DHB y los Gobiernos helénico, español e italiano sostienen que la norma contenida en el artículo 15, apartados 1, letra b), y 2, del SpO se refiere al acceso al empleo de los nacionales eslovacos. Por consiguiente, afirman que el artículo 38, apartado 1, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia no puede oponerse a la aplicación de dicha norma.

41. Por el contrario, el Sr. Kolpak, el Gobierno alemán y la Comisión alegan que los hechos objeto del procedimiento principal están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia, ya que el Sr. Kolpak no pretende acceder al mercado de trabajo alemán, sino que ya ejerce legalmente una actividad en Alemania, sobre la base del Derecho interno, y en este marco sufre una discriminación relativa a las condiciones de trabajo como consecuencia del SpO.

42. A este respecto, procede señalar con carácter preliminar que del tenor del artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia se desprende que la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad prevista en esta disposición, se aplica, por una parte, sólo a los trabajadores de nacionalidad eslovaca que ya estén legalmente contratados en el territorio de un Estado miembro y, por otra, únicamente por lo que se refiere a las condiciones de trabajo, de retribución o de despido. Por consiguiente, dicha disposición, a diferencia del artículo 48 del Tratado, no se extiende a las normas nacionales relativas al acceso al mercado de trabajo.

43. Pues bien, de la resolución de remisión se deduce que el Sr. Kolpak ejerce de manera regular un trabajo por cuenta ajena como portero en virtud de un contrato de trabajo firmado con un equipo alemán de Segunda División, que tiene un permiso de residencia válido y que, según la normativa nacional, no necesita permiso de trabajo para ejercer su profesión. Así pues, resulta que ya

ha tenido acceso al mercado de trabajo en Alemania de forma regular.

44. En este contexto y por lo que respecta más particularmente a la cuestión de si una norma como la prevista en el artículo 15, apartados 1, letra b), y 2, del SpO constituye una condición de trabajo, es necesario señalar que en la Sentencia Bosman, antes citada, el litigio principal se refería, entre otras cosas, a unas normas o cláusulas de nacionalidad similares, adoptadas por la Unión des associations européennes de football (UEFA).

45. Pues bien, del apartado 120 de la Sentencia Bosman, antes citada, resulta que, por una parte, estas cláusulas no afectan al empleo de los jugadores profesionales, que no está limitado, sino a la posibilidad de sus clubes de alinearlos en un partido oficial, y, por otra, que la participación en tales encuentros constituye el objeto esencial de su actividad.

46. Se desprende de lo anterior que una norma deportiva como la que es objeto del procedimiento principal se refiere a las condiciones de trabajo a efectos del artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia ya que tiene una incidencia directa en la participación, en los encuentros de Liga y de Copa, de un jugador profesional eslovaco que ya está contratado de manera regular según las disposiciones nacionales del Estado miembro de acogida.

47. En tales circunstancias, para determinar si el artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia se opone a la aplicación de una norma como la prevista en el artículo 15, apartados 1, letra b), y 2, del SpO, es necesario examinar si dicha norma provoca una discriminación prohibida por la citada disposición de este Acuerdo.

48. A este respecto, procede señalar, con carácter preliminar, que, por lo que se refiere al artículo 48,

apartado 2, del Tratado, del apartado 137 de la Sentencia Bosman, antes citada, se deduce que esta disposición se opone a la aplicación de normas adoptadas por asociaciones deportivas según las cuales, en los partidos de las competiciones por ellas organizadas, los clubes de fútbol sólo pueden alinear un número limitado de jugadores profesionales nacionales de otros Estados miembros.

49. En cuanto a la interpretación del artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia, de los apartados 25 a 30, 34, 35 y 44 de la presente Sentencia resulta, por una parte, que la citada disposición establece en favor de los trabajadores de nacionalidad eslovaca, desde el momento en que están contratados legalmente en el territorio de un Estado miembro, un derecho a la igualdad de trato en materia de condiciones de trabajo que tiene el mismo alcance que el que, en términos similares, reconoce a los nacionales comunitarios el artículo 48, apartado 2, del Tratado y, por otra, que la norma de que se trata en el asunto objeto del procedimiento principal es similar a las cláusulas de nacionalidad contempladas en la Sentencia Bosman, antes citada.

50. En tales circunstancias, debe señalarse que la interpretación del artículo 48, apartado 2, del Tratado elaborada por el Tribunal de Justicia en la Sentencia Bosman, antes citada, y recordada en el apartado 48 de la presente Sentencia, puede trasladarse al artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia.

51. Así pues, el artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia se opone a la aplicación al Sr. Kolpak de una norma como la prevista en el artículo 15, apartados 1, letra b), y 2, del SpO, ya que ésta da lugar a que el Sr. Kolpak, en su condición de nacional eslovaco, a pesar de estar contratado de manera regular en un Estado miembro, no disponga en principio más que de una posibilidad restringida, en relación con los

jugadores nacionales de Estados miembros o nacionales de Estados miembros del EEE, de participar en determinados encuentros, a saber, los partidos de Liga y de Copa de la Bundesliga y de las Regionalligen, que, por otra parte, constituyen el objeto esencial de su actividad como jugador profesional.

52. Esta interpretación no queda desvirtuada por la alegación del DHB según la cual la norma prevista en el artículo 15, apartados 1, letra b), y 2, del SpO se justifica por consideraciones exclusivamente deportivas, ya que su finalidad es preservar la formación organizada para los jugadores jóvenes de nacionalidad alemana y promover la selección nacional alemana.

53. Es cierto que, en el apartado 127 de la Sentencia Bosman, antes citada, el Tribunal de Justicia recordó que en la Sentencia de 14 de julio de 1976, Donà (13/76, Rec. p. 1333), apartados 14 y 15, había reconocido que las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de personas no se oponen a normativas o prácticas que excluyan a los jugadores extranjeros de la participación en determinados encuentros por motivos no económicos relativos al carácter y al marco específicos de dichos encuentros y que, por lo tanto, se refieran únicamente al deporte como tal, como son los encuentros entre equipos nacionales de diferentes países.

54. No obstante, en el apartado 128 de la Sentencia Bosman, antes citada, el Tribunal de Justicia observó que las cláusulas de nacionalidad no se referían a encuentros específicos entre equipos representativos de su país, sino que se aplicaban a todos los encuentros oficiales entre clubes y, por consiguiente, a la parte esencial de la actividad ejercida por los jugadores profesionales.

55. En este contexto, el Tribunal de Justicia declaró que el vínculo entre un club de fútbol y el Estado miembro en el que está establecido no puede ser considerado como inherente a la actividad deportiva, como tampoco el vínculo que une a dicho club

Derecho al trabajo

con su barrio, su ciudad o su región. Pues bien, aun cuando los campeonatos nacionales enfrentan a clubes de diferentes regiones, diferentes ciudades o diferentes barrios, no hay ninguna norma que limite, para tales encuentros, el derecho de los clubes a alinear a jugadores procedentes de otras regiones, de otras ciudades o de otros barrios. Por otra parte, en las competiciones internacionales, la participación está reservada a los clubes que hayan obtenido determinados resultados deportivos en sus respectivos países, sin que la nacionalidad de sus jugadores revista particular relevancia (Sentencia Bosman, antes citada, apartados 131 y 132).

56. Habida cuenta de esta jurisprudencia, es necesario señalar que la discriminación que provoca en el caso de autos el artículo 15, apartados 1, letra b), y 2, del SpO no puede entenderse justificada por consideraciones exclusivamente deportivas, ya que de estas normas se desprende que en los partidos organizados por el DHB los clubes pueden alinear libremente un número ilimitado de nacionales de los Estados miembros del EEE.

57. Por otro lado, en las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia no se ha invocado ningún otro argumento que justifique objetivamente la diferencia de trato entre los jugadores profesionales nacionales de un Estado miembro o de un Estado miembro del EEE y los jugadores profesionales de nacionalidad eslovaca, derivado del artículo 15, apartados 1, letra b), y 2, del SpO y que afecta a las condiciones de trabajo de éstos.

58. Resulta de las anteriores consideraciones que procede responder a la cuestión prejudicial que el artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación a un deportista profesional de nacionalidad eslovaca, contratado de manera regular por un club establecido en un Estado miembro, de una norma adoptada por una federación deportiva del mismo Estado en virtud de la cual los clubes sólo están

autorizados a alinear en los partidos de Liga y de Copa un número limitado de jugadores procedentes de países terceros que no formen parte del Acuerdo sobre el EEE.

NOTA: La Sentencia que ahora se reseña trae su causa en una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 TCE, por el Oberlandesgericht Hamm (Alemania), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Deutscher Handballbund eV y Maros Kolpak, una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 38, apartado 1, del Acuerdo de Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Eslovaca, por otra, aprobado en nombre de las Comunidades por la Decisión 94/909/CECA, CE, Euratom del Consejo y de la Comisión, de 19 de diciembre de 1994 (DO L 359, p. 1). En concreto, se pregunta si dicho precepto se opone a que una federación deportiva aplique a un deportista profesional de nacionalidad eslovaca una norma elaborada por ella en virtud de la cual los clubes sólo están autorizados a alinear en los partidos de Liga y de Copa un número limitado de jugadores procedentes de Estados terceros no pertenecientes a las Comunidades Europeas.

El pronunciamiento jurisprudencial que ahora reseñamos ha vuelto a poner de actualidad el tema de los llamados “comunitarios B” en relación con la práctica del deporte profesional, cuestionándose el alcance de los Acuerdos de Asociación suscritos por la Unión Europea con diferentes países, fundamentalmente con Europa Central y Oriental, respecto de los cupos de los reglamentos de las Federaciones deportivas limitando el número de jugadores extranjeros que pueden participar en las competiciones y los derechos laborales de jugadores extranjeros.

Con carácter general, debe principiarse advirtiendo que el contenido de estos Acuerdos –diverso respecto de los Acuerdos suscritos con otros países, así con Turquía, los del Magreb o con la ACP– se ha venido

Derecho al trabajo

justificando no sólo por factores de índole política o económica, sino también, y fundamentalmente, por las posibilidades de una futura adhesión a la Unión Europea y la puesta en marcha de la política comunitaria de cooperación al desarrollo. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en el Acuerdo de Asociación con Eslovaquia, ya que es uno de los diez países que el pasado día 16 de abril firmó en Atenas el Tratado de Adhesión a la Unión Europea, si bien su ingreso no será formal hasta mayo de 2004, cuando se ratifique por referéndum.

Dicho lo anterior, recuérdese que aquel debate ya se produjo con ocasión de la Sentencia Bosman en relación con los deportistas profesionales de la Unión Europea y su derecho a la libre circulación, como de forma insistente alude la Sentencia objeto de reseña, en la que el TJCE entendió que las cláusulas de nacionalidad que limitaban el número de deportistas de otros Estados miembros alineables en las competiciones eran contrarias al artículo 48.2 del Tratado de la Unión Europea, que garantizaba la libre circulación de trabajador y, por tanto, imponía la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las condiciones de trabajo. Sin embargo, a diferencia del caso Bosman, la proscripción de toda discriminación basada en la nacionalidad de los trabajadores de los Estados asociados no tiene su fundamento en el Tratado de la Unión Europea y el principio de libre circulación que en él se consagra sino en las llamadas “cláusulas sociales” de los Acuerdos de Asociación que, con idéntica redacción, reconocen a los trabajadores legalmente contratados en la Unión Europea un derecho equivalente al de la libre circulación, prohibiendo toda discriminación basada en la nacionalidad, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, remuneración y despido.

Puede colegirse de inmediato que respecto de los ciudadanos de Estados asociados, los Acuerdos no contemplan el derecho al acceso al empleo en pie

de igualdad, lo que obliga al TSJCE a pronunciarse sobre el alcance de la referida cláusula de no discriminación en las condiciones laborales. Para ello, con carácter preliminar, sienta el efecto directo del artículo 38.1 del Acuerdo de Asociación con Eslovaquia, recordando que igual conclusión se alcanzó en su Sentencia de 29 de enero de 2002, *Pokrzeptowicz-Meyer* (C-162/00, Rep. p. I-1049) respecto del artículo 37, apartado I, primer guión, del Acuerdo de Asociación con Polonia, de 16 de diciembre de 1991. Este efecto implica que los nacionales eslovacos que se amparen en aquel precepto, podrán invocarlo ante los órganos jurisdiccionales nacionales del Estado miembro de acogida.

Sentado lo anterior, descarta que la matización contenida tras la cláusula de no discriminación en el artículo 38, apartado 1 del Acuerdo de Asociación entre las Comunidades y Eslovaquia –“sin perjuicio de las condiciones y modalidades aplicables en cada Estado miembro”– pueda interpretarse en el sentido de que los Estados miembros puedan supeditar a determinados requisitos o restringir de manera discrecional tal principio, so pena de privarlo de efecto útil. Consecuencia de lo anterior es que los nacionales de un Estado asociado, desde el momento en que están contratados legalmente en el territorio de un Estado miembro, tienen derecho a la igualdad de trato en materia de condiciones de trabajo con el mismo alcance que el que se reconoce a los nacionales comunitarios.

Queda por determinar, entonces, si estas cláusulas limitativas de la alineación contenidas en disposiciones adoptadas por una federación deportiva se refieren a las “condiciones de trabajo” a efectos del artículo 38, apartado 1, primer guión, del Acuerdo de Asociación con Eslovaquia. Y la respuesta para el TJCE no puede ser sino afirmativa, pues si bien “no afectan al empleo de los jugadores profesionales, que no está limitado, [sí] a la posibilidad de sus clubes de alinearlos en un partido oficial, y, [...] la participación en tales encuentros constituye el objeto esencial de su actividad”.

Permiso de trabajo

Resulta difícil aventurar en este momento las futuras implicaciones –nótese que durante el proceso participan observadores de otros países europeos que pueden estar afectados– de esta Sentencia en el panorama deportivo profesional europeo. Parece claro, sin embargo, que la cuestión no acaba aquí, y que la Sentencia que se comenta no constituye sino un paso más –no se sabe hasta qué punto clarificador– en un proceso todavía abierto. De admitirse, como se hace en este pronunciamiento, que las normas federativas que limitan la alineación de jugadores extranjeros en determinadas competiciones como vulneradoras del principio de igualdad de trato, una vez que el extranjero es contratado legalmente en un país de acogida, no alcanzamos a vislumbrar la diferencia de tratamiento que haya de darse a la cuestión cuando se refiera a un extranjero nacional de un país con el que la Unión Europea no haya suscrito Acuerdo alguno, desde el momento en que tanto la normativa sobre extranjería (artículos 21 y 22 de la LO 4/2000, reformada por LO 8/2000) como la laboral [artículos 4.2. c) y 17 del ET] establecen un principio general de interdicción de la discriminación en cuanto al disfrute de las condiciones laborales.

PERMISO DE TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Fecha: 26 de abril de 2001.

Voz: Adopción de medida cautelar positiva consistente en la concesión de una autorización provisional para trabajar al extranjero recurrente.

“PRIMERO: El artículo 129 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, posibilita a los interesados solicitar en cualquier estado del proceso «la adop-

ción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la Sentencia». De tal expresión ninguna duda cabe de la posibilidad de adoptar medidas cautelares –como la que aquí se interesa– de carácter positivo, y en tal sentido es significativa la Exposición de Motivos de la Ley, al poner de manifiesto que «la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce en consecuencia la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo». Consiguientemente, aunque el acto recurrido sea de contenido negativo, dado que deniega el permiso de trabajo solicitado en favor del recurrente, ello no puede servir de fundamento para el rechazo de la medida interesada de autorización provisional para poder trabajar por cuenta ajena. No pudiendo, además, desconocerse que, como se declara en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2000, la antigua y tradicional doctrina jurisprudencial acerca de la no suspensión cautelar de los actos negativos, fue superada por la doctrina recogida en las Sentencias de 13 de marzo de 1999, 28 de abril de 1999 y 4 de diciembre de 1999, en las que se declaraba expresamente que «las medidas cautelares positivas están amparadas por el artículo 24.1 de la Constitución y contempladas en el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento civil, supletoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que permite la adopción de aquellas tendentes a preservar la ejecución de lo resuelto en la Sentencia que ponga fin al pleito, ahora expresamente sancionadas en el artículo 129.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

SEGUNDO: Siendo, por tanto, de posible adopción la medida positiva interesada, la cuestión se centra ahora en determinar si se dan o no los presupuestos legales para ello, y que vienen a ser recogidos en el artículo 130 de dicha Ley, al prevenir el primer apartado que previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso; estableciendo, en su apartado segundo, la posibi-

Permiso de trabajo

lidad de denegarse, cuando de ella pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. Con tal regulación se ha venido a positivizar la doctrina constitucional recaída en materia de justicia cautelar, contenida, entre otras, en la Sentencia 148/1993, de 29 de abril, en la que se declara que «aunque el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (*periculum in mora*) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (*fumus boni iuris*) y, de otro lado, valorar el perjuicio que para el interés general (...) acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada».

Pues bien, la concurrencia del primero de los presupuestos mencionados—el *periculum in mora*—es evidente atendido el contenido, de la resolución impugnada. En efecto, tal resolución deniega el permiso de trabajo por cuenta ajena interesado por D. en favor del recurrente para trabajar en la explotación agrícola de que aquel es titular como peón agrícola. De no accederse a la medida cautelar solicitada es claro que una eventual Sentencia estimatoria podría carecer de efectividad, pues dado el tiempo en que ha de preverse que aquélla puede dictarse es lógico suponer que el referido empresario habrá podido contratar a otra persona, y consiguientemente el recurrente habrá perdido la posibilidad de trabajar que ahora se le ofrece. Con la autorización provisional para trabajar que se solicita podrá, por tanto, impedirse que el recurso pierda su finalidad legítima.

Por lo que respecta al *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, también debe concluirse que concurre tras el examen del expediente. Sin perjuicio de lo que en su día pueda resolverse en la Sentencia

que se dicte, no cabe desconocer que consta en el expediente un informe favorable emitido por el Delegado del Gobierno en Aragón para la concesión del oportuno permiso de residencia y que el único motivo determinante de la denegación del permiso de trabajo fue el de aconsejarlo la situación nacional de empleo, al existir trabajadores nacionales en desempleo de profesión peón agrícola inscritos en las oficinas del INEM. Resultando en concreto del informe previo emitido al respecto que existían 10 inscritos en Zaragoza (capital) y 16 en la provincia. Pues bien, el puesto de peón agrícola ofertado al recurrente lo es para una explotación agrícola sita en el Barrio de Movera, en donde se encuentra aquél empadronado—según queda acreditado en el expediente— desde el 3 de febrero de 2000, en donde no consta la existencia de ningún peón agrícola nacional en paro, y de hecho, como también se acreditó al interponer el recurso de reposición contra la resolución denegatoria del permiso, el titular de la explotación, tras conocer dicha denegación, formuló ante el INEM demanda de dos peones agrícolas, sin que pese a ello pudiera cubrir los dos puestos ofertados, presentándose únicamente como candidatos trabajadores extranjeros, ninguno de los cuales fue aceptado al no mostrar interés en cubrir el puesto y carecer de experiencia en faenas agrícolas. Además, al interponer el citado recurso de reposición se alegaba que otro expediente, cuyos datos de identificación quedaban suficientemente especificados, similar al que dio origen a la resolución aquí impugnada, había sido resuelto con un mes de diferencia favorablemente, sin que, pese a interesar la aportación de la resolución favorable y del informe que la motivó, se efectuara la aportación interesada, ni—lo que es más importante— ello se negara por la Administración al resolver el recurso.

Y, finalmente, atendidas las circunstancias expuestas, en modo alguno cabe apreciar que la adopción de la medida cautelar interesada pueda causar un perjuicio grave—como previene el artículo 130.2— al interés general, y en concreto que pueda afectar a la alegada regularidad del mercado de trabajo español,

Permiso de trabajo

y, en cambio, la no adopción puede suponer un perjuicio—además de para el recurrente— para el titular de la explotación al no poder contratar a los trabajadores que precisa.

Consecuentemente con lo expuesto, procede adoptar la medida cautelar de autorización provisional para trabajar como peón agrícola en Movera, y, como se interesa, comunicar la adopción de tal medida al Grupo operativo de Extranjeros—Comisaría de San José— para su debida constancia a los efectos oportunos.”

Tribunal: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla.

Fecha: 31 de marzo de 2003.

Pieza de medidas cautelares: 1616/2002.

“PRIMERO: El artículo 130.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa prevé que sólo cabe acordar en vía jurisdiccional la adopción de medidas cautelares en aquellos supuestos en que previa valoración de todos los intereses en conflicto, se considere que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, según establece él. En todo caso dispone el número 2 del citado artículo, que la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros, que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

Para acordar la suspensión la jurisprudencia ha seguido tradicionalmente los siguientes criterios:

1. La existencia de *periculum in mora* como presupuesto esencial básico, esto es, que la ejecución del acto ocasione al administrado daños o perjuicios de imposible reparación.
2. La ponderación circunstanciada de todos los intereses enfrentados en el proceso; el juicio cautelar es un juicio ponderativo, que está llamado a alcanzar

un difícil equilibrio entre los intereses en conflicto, por una parte, la producción con la ejecución de daños o perjuicios de reparación imposible o difícil y, por otra, y ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión con mayor o menor amplitud según el grado en que ese interés se encuentre en juego.

SEGUNDO: En el caso de autos se impugna la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Córdoba que acuerda denegar el permiso de trabajo y residencia solicitado.

Ha quedado acreditada la necesidad de cubrir un puesto de trabajo de Granjero-casero, y el compromiso de efectuarlo el actor residiendo en la finca; lo que unido al hecho de que se encuentra en nuestro país con su mujer e hija, lleva a que la no adopción de una medida cautelar positiva solicitada, ocasionaría graves perjuicios al actor, que se vería imposibilitado de sustentar a su familia, por el contrario ningún perjuicio se ocasionaría al interés general por la concesión provisional del permiso de trabajo.”

* * *

NOTA: Se ha optado por comentar conjuntamente ambas resoluciones, visto que el supuesto de hecho que las motiva es sustancialmente idéntico. En efecto, en ambos casos, se trata de dos trabajadores extranjeros, con arraigo reconocido, que ante la denegación de su solicitud de permiso de trabajo interponen el correspondiente permiso contencioso administrativo, interesando del Tribunal la adopción de la medida cautelar positiva consistente en que se les autorice, en tanto se sustancia el recurso, provisionalmente a trabajar.

Ambas resoluciones vuelven a traer a debate el tema de las denominadas medidas cautelares positivas en materia de extranjería. Como resulta conocido, el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución, recoge como una de sus facultades la posibilidad de interesar

Permiso de trabajo

medidas cautelares o lo que es lo mismo un “derecho a la tutela cautelar” como lo denominó, por primera vez en nuestro país, el Auto de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990.

En este ámbito, hasta hace poco tiempo era dominante una línea jurisprudencial que mantenía la imposibilidad de suspensión cautelar de los actos negativos –paradigma de los cuales son las licencias y permisos– lo que llevaba consigo el rechazo prácticamente generalizado de cuantas peticiones de suspensión se instaban, fundamentalmente en supuestos de expulsión. La línea judicial citada ha sido ampliamente superada por la doctrina recogida entre otras, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1999, 28 de abril de 1999 y 4 de diciembre de 1999, en las que se reconoce expresamente la posibilidad de las medidas cautelares positivas, distintas de la mera suspensión del acto administrativo impugnado. Esta doctrina fue expresamente recogida con posterioridad por el artículo 129.1 de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por otra parte, también en la actualidad es doctrina jurisprudencial consolidada, recogida entre otras en las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1998, 23 de enero, 11 de octubre y 15 de noviembre de 1999, la que considera, como la hace la Sentencia del mismo Tribunal de 4 de diciembre de 1999 que “ (...) los vínculos del lugar en que se reside, ya sean de tipo económico, social o familiar, son relevantes para apreciar la existencia de arraigo en el territorio como determinante de la prevalencia de aquéllos frente al interés general en que se expulse de España a quien carezca de permiso o autorización para ello...”.

Expuesto lo anterior, tanto el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Sevilla como el citado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, adoptan una medida cautelar de signo positivo, consistente, no en la suspensión de la efectividad del acto

impugnado –lo que indirectamente supone la no exigencia durante el período de suspensión del visado o permiso de que se trate– sino en la efectiva concesión con carácter provisional y mientras se sustancia el recurso de una autorización para trabajar.

Es evidente que una decisión de tal índole ha de basarse en el exacto cumplimiento de los requisitos que a tal efecto establece el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir la existencia del *periculum in mora*, el *fumus boni iuris* o lo que es lo mismo como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/1993, de 29 de abril “... la apariencia de que el demandante de la medida cautelar ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa...” y por último y como señala el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Sevilla “la ponderación circunstanciada de todos los intereses enfrentados en el proceso”.

Pues bien, parece que ambos casos puede colegirse que se da adecuado cumplimiento a los tres requisitos mencionados. Respecto al *periculum in mora*, resulta evidente que concurre en el presente puesto ya que el previsible retraso en la emisión del fallo, no sólo pondría en tela de juicio la efectividad de una eventual Sentencia estimatoria, sino que el empresario podría haber contratado a otro trabajador, con lo que el demandante perdería la posibilidad de trabajar que ahora se le ofrece, impidiendo con ello el sustento propio y el de su familia. Por lo que se refiere al *fumus boni iuris*, igualmente entiende ambas resoluciones judiciales que es apreciable en ambos casos. En el caso del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, tras el minucioso examen del expediente que se efectúa, se llega a la conclusión de que efectivamente concurre esa apariencia de buen derecho que con casi total probabilidad evidenciará una actuación contraria a derecho de la Administración al denegar el permiso de trabajo. No ocurre lo mismo en la resolución del

Permiso de trabajo

Tribunal Superior de Justicia de Sevilla, donde se obvia cualquier mención a este segundo requisito. Por último, el juicio de ponderación que exige la adopción de toda medida cautelar, concluye en el sentido de que en ambos casos, se considere que el perjuicio que se causaría al solicitante de la medida es real y en cualquier caso superior al que hipotéticamente se la causaría al interés general, que en este momento se traduce en la protección del mercado de trabajo español.

Resulta claro la importancia de ambas resoluciones, no sólo por lo que supone de consolidación de las medidas cautelares positivas, sino por una aplicación de la norma que las consagra teniendo en cuenta la realidad migratoria de nuestro país. Ello no es óbice para que se invoque una prudencia en su aplicación futura, so pena, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 12 de septiembre de 2002, de "... obtener por el camino de las medidas cautelares nada menos que el efecto pretendido en el pleito principal que sólo la apariencia de buen derecho, que de forma clara mostrara el más que probable fallo estimatorio del recurso contencioso administrativo, podría justificar. La provisionalidad –sigue diciendo la Sentencia– "... no puede ser trampolín para conseguir directamente, con la sola interposición del recurso contencioso-administrativo el permiso deseado (...) que la ley configura con carácter obligatorio..."

Tribunal: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Luxemburgo (Sala 6ª).

Fecha: 19 de noviembre de 2002.

Asunto: Cuestión prejudicial. Asunto nº C-188/2000.

Voz: Denegación de la prórroga de un permiso de residencia a nacional turco que cumple los requisitos de la Decisión nº 1/80.

"[...] 26. Para responder a esta cuestión, conviene recordar, en primer lugar, que, desde la Sentencia de 20 de septiembre de 1990, *Sevince* (C-192/89, Rec. p. I-3461), apartado 26, el Tribunal de Justicia

ha declarado reiteradamente que el apartado 1 del artículo 6 de la Decisión nº 1/80 tiene efecto directo en los Estados miembros, de forma que los nacionales turcos que cumplan los requisitos pueden ejercer directamente los derechos que les confieren de forma gradual los tres guiones de esta disposición, en función de la duración del ejercicio de una actividad por cuenta ajena en el Estado miembro de acogida (véase, en particular, la Sentencia de 26 de noviembre de 1998, *Birden*, C-1/97, Rec. p. I-7747, apartado 19).

27. En segundo lugar, es también jurisprudencia reiterada que los derechos que dicha disposición reconoce al trabajador turco en el ámbito del empleo implican necesariamente, so pena de privar de toda eficacia al derecho de acceder al mercado de trabajo y a ejercer un empleo, la existencia de un derecho correlativo de residencia en favor del interesado (véase, en particular, la Sentencia *Birden*, antes citada, apartado 20).

[...]

Sobre el concepto de trabajador

30. Por lo que se refiere al primero de estos conceptos, es importante recordar, en primer lugar, que una jurisprudencia reiterada ha deducido del tenor literal del artículo 12 del Acuerdo de Asociación CEE-Turquía de 12 de septiembre de 1963 y del artículo 36 del Protocolo Adicional, firmado el 23 de noviembre de 1970, anexo a dicho Acuerdo y celebrado mediante el Reglamento (CEE) nº 2760/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972 (DO L 293, p. 1; EE 11/01, p. 213), así como del objetivo de la Decisión nº 1/80, que los principios admitidos en el marco de los artículos 48 y 49 del Tratado CE (actualmente artículos 39 CE y 40 CE, tras su modificación) y 50 del Tratado CE (actualmente artículo 41 CE), deben aplicarse, en la medida de lo posible, a los nacionales turcos que gozan de los derechos reconocidos por la citada Decisión (véanse, en este sentido, en particular las Sentencias de 6 de junio de 1995, *Bozkurt*, C-434/93, Rec. p. I-1475, apar-

Permiso de trabajo

tados 14, 19 y 20; de 23 de enero de 1997, Tetik, C-171/95, Rec. p. I-329, apartados 20 y 28; Birden, antes citada, apartado 23, y de 10 de febrero de 2000, Nazli, C-340/97, Rec. p. I-957, apartados 50 a 55).

31. En consecuencia, procede referirse a la interpretación del concepto de trabajador en Derecho comunitario a efectos de determinar el alcance del mismo concepto utilizado por el apartado 1 del artículo 6 de la Decisión nº 1/80.

32. A este respecto, es jurisprudencia reiterada que el concepto de trabajador posee un alcance comunitario y no debe interpretarse de forma restrictiva. Este concepto debe definirse según los criterios objetivos que caracterizan la relación laboral tomando en consideración los derechos y deberes de las personas interesadas. Para tener la condición de trabajador, una persona debe ejercer actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. La principal característica de una relación laboral es la circunstancia de que una persona realice durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, prestaciones por las cuales percibe una retribución. En cambio, ni la naturaleza jurídica *sui generis* de la relación laboral con respecto al Derecho comunitario, como tampoco por otro lado la productividad más o menos elevada del interesado o el origen de los recursos para la retribución ni siquiera el nivel limitado de esta última pueden tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho comunitario (véanse, por lo que atañe al artículo 48 del Tratado, en particular, las Sentencias de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum, 66/85, Rec. p. 2121, apartados 16 y 17; de 21 de junio de 1988, Brown, 197/86, Rec. p. 3205, apartado 21; de 31 de mayo de 1989, Bettray, 344/87, Rec. p. 1621, apartados 15 y 16; de 26 de febrero de 1992, Raulin, C-357/89, Rec. p. I-1027, apartado 10, y Bernini, C-3/90, Rec. p. I-1071, apartados 14 a 17, así como, por lo que atañe al artículo 6, aparta-

do 1, de la Decisión n. 1/80, las Sentencias de 30 de septiembre de 1997, Günaydin, C-36/96, Rec. p. I-5143, apartado 31, y Ertanir, C-98/96, Rec. p. I-5179, apartado 43, así como Birden, antes citada, apartados 25 y 28).

33. Por lo que atañe más en particular a aquellas actividades que, como en el asunto principal, se hayan realizado en el marco de formaciones profesionales, el Tribunal de Justicia ha declarado que una persona que realice periodos de aprendizaje en una profesión, los cuales pueden considerarse como una preparación práctica vinculada al propio ejercicio de la profesión de que se trata, debe considerarse como un trabajador, cuando los citados periodos se desarrollen en las condiciones de una actividad por cuenta ajena real y efectiva. El Tribunal de Justicia ha aclarado que esta afirmación no queda desvirtuada por el hecho de que la productividad del interesado sea escasa, que no trabaje en régimen de jornada completa y que, por lo tanto, sólo trabaje durante un número reducido de horas por semana y no perciba, en consecuencia, más que una retribución limitada (véanse, en este sentido, en particular, las Sentencias antes citadas, Lawrie-Blum, apartados 19 a 21, y Bernini, apartados 15 y 16).

34. De ello se desprende que cualquier persona que, incluso en el marco de una formación profesional y sea cual fuere el marco jurídico de ésta, ejerce, para un empresario y bajo la dirección de éste, actividades reales y efectivas por las que percibe una retribución, que puede considerarse la contrapartida de sus actividades, tiene la condición de trabajador a efectos del Derecho comunitario.

[...]

Sobre la pertenencia al mercado de trabajo legal

37. A continuación, para verificar la pertenencia del citado trabajador al mercado de trabajo legal de un Estado miembro, en el sentido de la citada disposición de la Decisión nº 1/80, procede apreciar, de un

Permiso de trabajo

lado, conforme a una jurisprudencia reiterada (Sentencias antes citadas Bozkurt, apartados 22 y 23; Güraydin, apartado 29; Ertanir, apartado 39, y Birden, apartado 33) si la relación jurídico-laboral del interesado puede localizarse en el territorio de un Estado miembro o si presenta una conexión suficientemente estrecha con este territorio, tomando en consideración especialmente el lugar de contratación del nacional turco, el territorio en el cual, o a partir del cual, se haya ejercido la actividad por cuenta ajena, así como la legislación nacional aplicable en materia de Derecho del trabajo y de la seguridad social.

38. Pues bien, en una situación como la del demandante en el asunto principal, es indudable que se cumple este requisito, ya que el interesado fue contratado y desarrolló, en el marco de su aprendizaje profesional, una actividad por cuenta ajena en el territorio del Estado miembro de acogida y el citado empleo estuvo sujeto a la normativa del referido Estado, en particular en materia de Derecho del trabajo y de la seguridad social.

39. Por otro lado, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debe considerarse que el concepto de «mercado de trabajo legal» contemplado en el artículo 6, apartado 1, de la Decisión nº 1/80, designa el conjunto de los trabajadores que se han atenido a las disposiciones legales y reglamentarias del Estado miembro de acogida en materia de entrada en su territorio así como de empleo y que de este modo tienen derecho a ejercer una actividad profesional en dicho Estado (Sentencias antes citadas, Birden, apartado 51, y Nazli, apartado 31).

40. Para justificar la interpretación del término «legal» el Tribunal de Justicia se fundó no sólo en un análisis de las distintas versiones lingüísticas en las que se redactó la Decisión nº 1/80 (véase la Sentencia Birden, antes citada, apartados 47 a 50), sino también en la finalidad de la citada Decisión, cuyas disposiciones sociales constituyen una etapa más

hacia la consecución de la libre circulación de los trabajadores, y se basan en los artículos 48, 49 y 50 del Tratado (véase la Sentencia Birden, antes citada, apartado 52). En efecto, según ha señalado el Abogado General en los puntos 60 y 61 de sus conclusiones, un trabajo efectuado legalmente favorece la integración de los nacionales turcos en el Estado miembro de acogida.

41. Por consiguiente, el disfrute de los derechos enunciados en los tres guiones del artículo 6, apartado 1, de la Decisión 1/80 sólo está supeditado a la condición de que el trabajador turco haya respetado la legislación del Estado miembro de acogida que regula la entrada en su territorio y el ejercicio de un empleo por cuenta ajena (Sentencia Nazli, antes citada, apartado 32).

[...]

Sobre la quinta cuestión

[...]

66. Para responder a esta cuestión relativa a las relaciones entre lo dispuesto en la Decisión nº 1/80 y las normas del Derecho nacional en materia de extranjería, debe recordarse que tanto de la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno de los Estados miembros como del efecto directo de una disposición como el artículo 6 de la citada Decisión se desprende que un Estado miembro no está autorizado para modificar unilateralmente el alcance del sistema de integración progresiva de los nacionales turcos en el mercado de trabajo del Estado miembro de acogida (véanse, en particular, las Sentencias antes citadas Birden, apartado 37, y Nazli, apartado 30).

67. De ello se deduce que los Estados miembros no pueden adoptar una normativa en materia de policía de extranjeros ni aplicar una medida relativa a la residencia en su territorio de un nacional turco que pueda obstaculizar el ejercicio de los derechos que

Permiso de trabajo

el Derecho comunitario reconoce expresamente a dicho nacional.

68. En efecto, toda vez que, como sucede en el asunto principal, el nacional turco cumple los requisitos establecidos por una disposición de la Decisión nº 1/80 y, por este motivo, se halla ya debidamente integrado en un Estado miembro, éste no está facultado ya para restringir la aplicación de tales derechos, so pena de privar de efecto útil a la referida Decisión (véanse, en particular, las Sentencias antes citadas Birden, apartado 37, y Nazli, apartado 30, así como la de 22 de junio de 2000, Eyüp, C-65/98, Rec. p. I-4747, apartado 41).

69. Además, todo órgano jurisdiccional de un Estado miembro tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere directamente a los particulares, dejando sin aplicación cualquier disposición de la legislación nacional eventualmente contraria a aquél (véase la Sentencia Eyüp, antes citada, apartado 42, y, por analogía, la Sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartado 21)."

* * *

NOTA: Los hechos en que se apoya la Sentencia son los siguientes.: El Señor Kurz (originariamente de apellido Yüce) nacido en Alemania en 1977, hijo no matrimonial de un trabajador turco que residió y trabajó legalmente en Alemania entre 1969 y 1983 abandonando posteriormente Alemania. El citado Sr. Kurz estuvo acogido residiendo en el domicilio de los esposos Kurz, nacionales alemanes, desde 1978 a 1984. En 1984 regresa a Turquía y en el mes de septiembre de 1992 se le autoriza a volver a Alemania con el fin de llevar a cabo cursos de formación profesional en fontanería y a tal efecto suscribe un contrato el 16 de noviembre de 1992 con una empresa alemana. Tanto el visado de entrada inicialmente concedido como las posteriores autorizaciones provisionales de residencia que disfruta hasta el 15 de

julio de 1997 mencionaban que sólo tenían su validez para fines formativos.

Durante los años siguientes combina formación teórica en un centro de enseñanza profesional con el desarrollo de una actividad laboral en la citada empresa, por la que percibe una retribución que se incrementa en los años sucesivos y en 1997 supera el examen final práctico con el que concluye su proceso de formación, sin haber superado no obstante la prueba teórica, obteniendo su Diploma el 20 de noviembre de 1999, después de que el Tribunal calificador alemán se hubiese desplazado a Turquía para permitirle superar allí la parte teórica de su examen final de aprendizaje.

En julio de 1977, solicita la expedición de un permiso de residencia de larga duración y con carácter subsidiario, la prórroga de su autorización de residencia provisional o bien la expedición de una autorización de residencia por razones humanitarias. El 18 de agosto de 1998, los servicios administrativos de la circunscripción de Rhin-Keckar, deniegan la solicitud, por lo que el Sr. Kurz, interpone recurso-contencioso administrativo, resolviendo en sentido contrario el tribunal superior, decretándose en consecuencia su expulsión de territorio alemán el 20 de enero de 1999.

Debe destacarse por último, que en mayo de 1998, el Sr. Kurz es adoptado por los esposos Kurz, cambiando su apellido originario –Yüce– por el de Kurz.

Mediante resolución de 22 de marzo de 2000, el Verwaltungsgericht Karlsruhe con motivo del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Sr. Kurz planteó cinco cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los artículos 6, apartados 1 y 7, párrafo segundo, de la Decisión nº 1/1980 del Consejo de Asociación, de 19 de septiembre de 1980, entre la República de Turquía, por una parte y los Estados Miembros de la CEE.

Las cuestiones prejudiciales se refieren al hecho de si el Sr. Kurz reunía los requisitos establecidos en el

Permiso de trabajo

artículo 6, apartado 1 y 7 párrafo segundo de la citada Decisión 1/1980 teniendo en cuenta que: a) El permiso de residencia obtenido lo es en el marco de una relación laboral de aprendizaje por la que percibió la correspondiente remuneración. b) Su adopción por ciudadanos alemanes siendo mayor de edad, lo que en principio le haría perder el estatuto de hijo biológico de trabajador turco o basta su condición de tal descendiente biológico, tanto en el momento en que sus progenitores ejercían un empleo legal como en el momento en que el propio Sr. Kurz comenzó su formación. c) El hecho de que el examen final se aprueba no en Alemania sino en Turquía ante un Tribunal que se desplaza a tal efecto a este último país. Por otra parte y también como cuestión prejudicial el Tribunal Alemán plantea, si es compatible con lo establecido en el artículo 6, apartados 1 y 7 párrafo segundo de la citada Decisión 1/1980. d) Por último el Tribunal Alemán plantea asimismo la cuestión de si, a la vista de los los citados artículos de la Decisión 1/1980, es posible denegar el permiso de residencia al Sr. Kurz, ya que al haber sido expulsado del país, jugaría el efecto bloqueo previsto en la legislación de extranjería alemana, hasta tanto haya transcurrido un plazo de tiempo determinado.

Como se sabe, el marco legal que regula las relaciones de la Comunidad Europea con Turquía está constituido por el Acuerdo de Asociación firmado en Ankara el 12 de septiembre de 1963 que se incorpora al acervo comunitario mediante la Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963. El Acuerdo prevé que, “las Partes Contratantes acuerdan basarse en los artículos 48, 49 y 50 del Tratado constitutivo de la Comunidad para llevar a cabo gradualmente, entre ellas, la libre circulación de trabajadores”. Por otra parte y como consecuencia del Acuerdo se crea El Consejo de Asociación Turquía-CEE que el 19 de septiembre de 1980, adopta la Decisión nº 1/1980 sobre el desarrollo de la Asociación CEE-Turquía.

Debe destacarse que la Decisión no garantiza totalmente la libre circulación de los trabajadores turcos

dentro de la Comunidad. En efecto, la misma no afecta a la competencia de los Estados miembros para someter a autorización la entrada de los nacionales turcos en su territorio y su admisión en un primer empleo, sino que confiere a los trabajadores turcos determinados derechos en el Estado miembro en cuyo territorio han entrado legalmente y han ejercido un empleo legal durante un período determinado.

Para resolver las cuestiones prejudiciales planteadas el Tribunal, comienza declarando el efecto directo de apartado 1 del artículo 6 de la Decisión y, en consecuencia, la posibilidad de ejercicio directo de los derechos que en el mismo se contemplan, siempre y cuando se haya ejercido durante determinado tiempo una actividad por cuenta ajena en el Estado de acogida. Por otra parte, y como no podía ser de otra manera, so pena de privar de toda eficacia a los derechos antes mencionados, se reconoce un correlativo derecho de residencia.

Posteriormente el Tribunal analiza el cumplimiento de los tres elementos que el propio artículo 6 establece, es decir, que se trate de un *trabajador* turco en el territorio de un Estado miembro, que forme parte del *mercado legal de trabajo* del Estado miembro de acogida y que haya *ejercido en éste un empleo legal* durante un cierto tiempo.

Para llegar a una conclusión, examina en primer lugar si el Sr. Kurz es o no un trabajador en el sentido comunitario del término, visto que su relación laboral se enmarcaba dentro de un proceso de aprendizaje y las sucesivas autorizaciones de residencia se concedieron a tal fin. Sobre la base de un concepto no restrictivo de trabajador y, por ende, que incluye también a “(...) cualquier persona que, incluso en el marco de una formación profesional y sea cual fuere el marco jurídico de ésta, ejerce, para un empresario y bajo la dirección de éste, actividades reales y efectivas por las que percibe una retribución, que puede considerarse la contrapartida de sus actividades” considera que el demandante tiene

Permiso de trabajo

la condición de trabajador a efectos del Derecho comunitario, sin que para ello se óbice que "... que la productividad del interesado sea escasa, que no trabaje en régimen de jornada completa y que, por lo tanto, sólo trabaje durante un número reducido de horas por semana y no perciba, en consecuencia, más que una retribución limitada..."

En segundo lugar, se aborda la pertenencia o no del citado trabajador al mercado de trabajo legal alemán y si en él ha ejercido un empleo regular. El Tribunal, de acuerdo con jurisprudencia reiterada, considera que aquel concepto designa al conjunto de los trabajadores que se han atendido a las disposiciones legales y reglamentarias del Estado miembro de acogida, tanto en materia de entrada al territorio, como de empleo, circunstancias que en este caso se cumplen, puesto que el Sr. Kurz entra de forma legal, fue autorizado a seguir una formación profesional y desarrolló en su marco un trabajo de manera legal durante más de cuatro años consecutivos, por mucho que se alegue de contrario que un aprendiz no pertenece al mercado de trabajo legal por cuanto no ejerce una actividad de índole provisional y concreta en desarrollo de su formación profesional; a este respecto el Tribunal afirma que de admitirse esta última interpretación se estaría en contra de la finalidad de la Decisión nº 1/1980, que no es otra que favorecer la integración de los trabajadores turcos en el Estado miembro de acogida.

En otro orden, y contestando a la última de las cuestiones prejudiciales, el TJCE manifiesta que la primacía del Derecho comunitario (Decisión nº 1/1980) y el efecto directo la citada Decisión son argumentos suficientes para sostener que un Estado miembro no está autorizado para modificar unilateralmente con normas de policía de extranjeros el alcance del sistema de integración progresiva de los nacionales turcos en el mercado de trabajo del Estado miembro de acogida.

Adviértase que el Tribunal no entra en el análisis de la circunstancia de que el Sr. Kurz fuese adoptado

durante el último período de estancia legal en Alemania, pues resulta suficiente a los efectos que ahora interesan que fuese hijo biológico de un trabajador turco, amparado por la propia Decisión, y que en el momento de suscribir el contrato de aprendizaje tuviese todavía tal condición.

Tribunal: Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo.

Fecha: 13 de febrero de 2003.

Recurso de Casación: 9936/1998.

Ponente: D. Mariano Baena del Alcázar.

Voz: Trabajadores extranjeros: Permiso de trabajo: situación nacional de empleo.

“PRIMERO: La materia del presente proceso versa sobre otorgamiento de permiso de trabajo a un ciudadano extranjero. Pues por un ciudadano chino propietario de un restaurante se formuló oferta nominativa de empleo a favor de otro ciudadano chino para que trabajase en su negocio, acogiendo-se a lo previsto en el Acuerdo del Consejo de Ministros que aprobaba el contingente de permisos de trabajo a otorgar a extranjeros no comunitarios en 1994. Dicha solicitud fue desestimada por la Dirección provincial competente del Ministerio de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales, ante lo cual el beneficiario del permiso solicitado recurrió en vía contenciosa.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso interpuesto. En sus fundamentos de derecho se expresan en síntesis inicialmente las alegaciones de las partes. El recurrente argumenta que es cocinero especialista en cocina china, para lo que va a ser empleado en el restaurante, lo cual exige unos conocimientos determinados. Por el contrario la Administración alega que son ajustadas a derecho la fundamentación y motivación del acto que denegó el permiso de trabajo, las cuales se basan sobre todo en que, según el informe del Instituto Nacional de Empleo, en las fechas de autos existían en la provincia 5.146 demandantes de empleo en el sector.

Permiso de trabajo

Seguidamente la Sentencia declara que la cuestión ya ha sido abordada por el mismo Tribunal y la misma Sala, y que debe resolverse conforme al precedente que supone la Sentencia de dicho Tribunal de 6 de mayo de 1998, y sobre todo conforme a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo.

En este sentido se sigue la doctrina de nuestra Sentencia de 7 de diciembre de 1990 (Sección 7ª) [...]

SEGUNDO: Contra esta Sentencia recurre en casación el Abogado del Estado, invocando un solo motivo al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley de la Jurisdicción en su redacción aplicable por infracción del ordenamiento jurídico, citando como infringidos el artículo 18.1, apartado a), de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, y los artículos 37.4, apartado a) y 51.1, apartado a), de su Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo. No comparece como recurrido el ciudadano chino que obtuvo sentencia favorable del Tribunal *a quo*.

Se razona en el motivo, partiendo de la normativa de los artículos citados, que para la concesión o el otorgamiento del permiso debe valorarse la existencia de españoles en paro en la actividad que deba desempeñar el solicitante, y que la autoridad competente para resolver solicitará informe del Instituto Nacional de Empleo, aunque éste no siempre será necesario, y podrá denegarse el permiso cuando así lo aconseje la situación laboral nacional. Se entiende que esta normativa se ha infringido por la sentencia y que la Administración no está obligada a averiguar cuál es la especialidad de todos y cada uno de los españoles en paro en el sector, pues según el artículo 51 del Reglamento aplicable la información sobre las personas en desempleo ha de referirse sólo a las distintas áreas geográficas, la actividad económica, y los grupos de ocupación. En el caso de autos el informe del Instituto Nacional de Empleo solo podía acreditar estos datos, y por ello en la cifra de 5.146 españoles en paro en la provincia se incluían puestos de trabajo como cocineros, oficiales, ayudantes y aprendices.

Entiende el defensor de la Administración que ello es bastante para denegar el permiso, pues de lo contrario sería suficiente alegar unos conocimientos que supusieran cierta especialización aunque no se hubiesen probado, lo que supondría frustrar la finalidad de los preceptos aplicables que se citan como infringidos.

No obstante, la Sala no puede acoger esta argumentación, por lo que procede desechar el motivo y desestimar el recurso. Pues según reiterada jurisprudencia que se contiene, no solo en la entencia citada por el Tribunal *a quo* de 7 de diciembre de 1970 sino en otras posteriores de la 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 ha de demostrarse que estos españoles pueden ocupar o desempeñar el puesto de trabajo, bien por estar cualificados para ello, bien por no ser necesaria una cualificación especial.

En el caso de autos asiste la razón a la Sentencia impugnada cuando declara, asumiendo la doctrina de nuestra Sentencia de 7 de diciembre de 1990, que dicho extremo no ha sido probado en el supuesto de que se trata. En definitiva el defensor de la Administración 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, lo que no supone alegar razones jurídicas que motiven que debamos modificar nuestra jurisprudencia.

Por consiguiente, de acuerdo con la jurisprudencia anterior y en virtud del principio de unidad de doctrina, procede como antes se ha dicho no acoger el motivo de casación invocado y desestimar el recurso.”

* * *

NOTA: Los hechos de los que trae su causa la presente sentencia están suficientemente explicitados

Permiso de trabajo

en el fundamento de derecho primero de la misma, por lo que resulta innecesaria su glosa. En cuanto a la doctrina vertida en sus posteriores fundamentos, debe resaltarse su relevancia en cuanto pone de manifiesto de nuevo la restrictiva y errónea interpretación que la Administración hace respecto del denominado principio de la “situación nacional de empleo” que rige la concesión/denegación de las solicitudes de permisos de trabajo por parte de los extranjeros no comunitarios, cuyo análisis crítico ya se realizó en el artículo “El contingente de trabajadores extranjeros para el año 2003” (P. AGUELO NAVARRO y P. CHARRO BAENA), en el nº 2 de esta revista, pp. 76-79, por lo que para obviar reiteraciones, a dichos comentarios nos remitimos.

Tribunal: Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo.

Fecha: 27 de enero de 2003.

Recurso de Casación: 2661/1998.

Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos.

Voz: Denegación de permiso de trabajo. Motivación insuficiente.

“PRIMERO: El recurso de casación que enjuiciamos se interpone por el abogado del Estado contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 14 de diciembre de 1993, por la que se estima el recurso interpuesto contra la resolución de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social del Ministerio de Trabajo de 11 de mayo de 1990, confirmada en reposición por otra de 28 de mayo de 1990, sobre denegación de solicitud de concesión de permiso de trabajo presentada por D. N. M. F. y se declara la nulidad de la resolución administrativa impugnada, por no hallarse ajustada a Derecho.

SEGUNDO: En el motivo primero, se razona, en síntesis, que la resolución impugnada, en contra de lo que manifiesta la Sentencia, tenía una suficiente, si bien escueta, motivación, que daba razón de ciencia

o fundamentación de la resolución denegatoria que se adopta, pues la Administración denegó el permiso basándose en que no era necesario ni conveniente para el empleo y la economía nacional y citando los preceptos reglamentarios pertinentes.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO: Es reiterada la jurisprudencia (v. gr., Sentencias de 5 de diciembre de 1997 y 12 de enero de 1998), que declara que la Administración Pública, mediante la motivación de sus actos, ha de permitir comprobar que su actuación merece la conceptualización de objetiva, por adecuarse al cumplimiento de sus fines.

El requisito de la motivación, añade esta jurisprudencia, no se cumple con fórmulas convencionales, sino que ha de darse razón del proceso lógico y jurídico que determina la decisión. A propósito del artículo 43 de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo, este Tribunal, recordando la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, ha precisado en Sentencia de 16 de junio de 1982 que la motivación es necesaria para el debido conocimiento de las razones de la decisión administrativa por los interesados en términos que haga posible la defensa de sus derechos e intereses, y que debe darse la misma en cada caso con la amplitud necesaria para tal fin, pues sólo así puede el interesado alegar después cuanto convenga para su defensa, sin verse sumido en la indefensión que prohíbe el artículo 24 de la Constitución Española.

CUARTO: En la materia que constituye el objeto de este proceso, la jurisprudencia mayoritaria no considera suficiente para motivar la denegación de un permiso de trabajo solicitado por un extranjero una referencia genérica a las causas determinantes de la denegación del permiso según las disposiciones generales aplicables.

Es necesario, por el contrario, que directamente o por referencia a los informes obrantes en el expe-

Permiso de trabajo

diente administrativo se argumente sobre las circunstancias concretas de índole socioeconómica en el sector afectado que determinan la improcedencia de la denegación, teniendo en cuenta las alegaciones del interesado.

Los actos administrativos que no cumplan con este requisito incurrirán en causa de anulabilidad por insuficiente motivación. Así se desprende, entre otras, de las Sentencias de esta Sala de 21 de septiembre de 1990, 12 de enero de 1998, 14 de enero de 1998, 3 de febrero de 1998, 11 de mayo de 1998 y 13 de julio de 1998.

QUINTO: No se oponen a la conclusión citada las Sentencias invocadas por la Abogacía del Estado sobre la materia objeto de este proceso en defensa de su tesis.

En efecto:

a) La Sentencia de 18 de octubre de 1994 se refiere a un caso en el que la Sentencia entiende completada la motivación del acto con el informe del INEM sobre la existencia de trabajadores españoles en paro inscritos en el sector de actividad a que se contrae la profesión del actor. Este informe obraba, a diferencia de lo que ocurre en este proceso, en el expediente administrativo.

b) La Sentencia de 25 de febrero de 1991 parte, ciertamente, de unas afirmaciones doctrinales generales que apoyan la postura de la parte recurrente. Debe notarse, sin embargo, que constituye una resolución que carece de continuidad en la jurisprudencia y que su decisión se funda, en último término, en entender que no ha existido indefensión por parte del interesado, el cual pudo argumentar suficientemente acerca del motivo de la denegación, del cual, en opinión de la Sentencia, tuvo «perfecto conocimiento».

c) La Sentencia de 21 de septiembre de 1990 —citada por el abogado del Estado a los efectos que luego se dirá— sigue la jurisprudencia mayoritaria, en con-

tra de la tesis de la parte recurrente, pues considera insuficiente la motivación genérica del acto y del informe del INEM en el sentido de que «... en el sector ocupacional de profesionales, técnicos y licenciados o/1 existen demandantes inscritos como desempleados» y por ello anula el acto administrativo impugnado y ordena retrotraer las actuaciones.

d) La Sentencia de 22 de noviembre de 1990 —citada también a los efectos que luego se dirá— resulta igualmente contraria a la tesis de la Abogacía del Estado, pues en ella se declara que «a pesar de las razones que expuso el solicitante en su solicitud y la documentación aportada, las resoluciones recurridas se limitan a denegar el permiso de trabajo con la fórmula genérica de ‘no quedar justificada la necesidad o conveniencia para el empleo y la economía nacional al cubrir por un extranjero la actividad solicitada’», por lo que ordena la anulación y la reposición de actuaciones.

SEXTO: No se advierte, en suma, que la Sentencia impugnada incurra en infracción de los preceptos aplicables, tal como han sido interpretados por la jurisprudencia mayoritaria citada, cuando argumenta, en síntesis, que una sola resolución normalizada no puede servir de fundamento para exteriorizar los actos administrativos en una misma materia con abstracción de los motivos o razonamientos ofrecidos por el interesado, con lo que se origina indefensión, y que, por otra parte, tal tipo de resolución impide la fiscalización jurisdiccional a la que se refiere el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción.

SÉPTIMO: El motivo segundo debe ser desestimado por las razones ya expuestas al desestimar el motivo anterior, pues en él se cita la doctrina jurisprudencial dimanante de la Sentencia de 18 de octubre de 1994, que ya ha sido considerada.

OCTAVO: En el motivo tercero, articulado como subsidiario, se razona que, si la Sentencia entendió que la resolución no estaba motivada, debió ordenar no meramente la anulación de acto, sino la retroacción

Permiso de trabajo

de las actuaciones para que se dictase un nuevo acto administrativo con suficiente motivación.

El motivo debe ser desestimado.

NOVENO: Tiene la Abogacía del Estado razón en cuanto al fundamento de su pretensión, pues la anulación por motivos formales de un acto finalizador del procedimiento no impide que, salvo que concurra alguna causa de terminación del procedimiento o se vulnere el derecho de los interesados —como ocurre con el principio de garantía en los expedientes sancionadores— o de terceros, la Administración pueda y deba dictar un nuevo acto administrativo que no incurra en aquellos defectos, siempre que ello resulte compatible con la naturaleza de los vicios observados. Por ello, como observa la Abogacía del Estado citando las Sentencias de 21 de septiembre de 1990 y 22 de noviembre de 1990 —a las que se ha hecho referencia a otros efectos—, la jurisprudencia, con carácter mayoritario, suele entender procedente ordenar, en los casos de anulación del acto por deficiente motivación, la retroacción del procedimiento para que se dicte un nuevo acto administrativo con la debida justificación.

Sin embargo, la Sentencia recurrida no infringe esta interpretación, pues se limita a pronunciar un fallo anulatorio del acto administrativo impugnado, pero no declara situación jurídica individualizada alguna a favor del recurrente. Por ello, poniendo en combinación dicho pronunciamiento con el carácter del vicio apreciado (insuficiente motivación del acto), nada impide que, si otras causas ajenas a la cuestión no se oponen a ello, la Administración dicte un nuevo acto en el sentido que estime procedente, cumpliendo debidamente el requisito de la motivación, y lo haga, en virtud del principio de conservación de los actos administrativos, manteniendo los ya producidos en el procedimiento que no han sido objeto de anulación.

DÉCIMO: En el motivo cuarto, articulado también de modo subsidiario, se citan en apoyo de las tesis de la

parte recurrente Sentencias de esta Sala cuya doctrina ya ha sido considerada con ocasión de examinar el primer y el tercer motivo de casación, por lo que la resolución ha de ser igualmente desestimatoria.

UNDÉCIMO: 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.”

* * *

NOTA: Se ha optado por reproducir íntegramente los fundamentos de derecho de la presente sentencia por resultar suficientemente expresivos de la necesidad de motivación de la denegación de un permiso de trabajo solicitado por un extranjero.

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

Fecha: 7 de febrero de 2003.

Recurso: 410/02.

Ponente: D. César Tolosa Tribiño.

Voz: Denegación permiso de trabajo. Régimen general-Contingente 2002.

“PRIMERO: Se impugna a través del presente recurso la resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de fecha 6 de mayo de 2002, por la cual se desestima el recurso de reposición interpuesto previamente contra resolución de la misma Delegación de fecha 28 de marzo de 2002, por la que se desestimaba la solicitud de permiso de trabajo y residencia efectuada por el recurrente.

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 70.1.1ª) del Reglamento, las solicitudes

Permiso de trabajo

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 completar 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 cumplimiento 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 pudiera incurrir».

[...]

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 de empleo y dicho parámetro ha de ser tenido en cuenta en el momento de la concesión inicial del permiso de trabajo por cuenta ajena, tal y como dispone el artículo 38.1 de la referida Ley, la inexistencia de previsión del contingente, determina la existencia de trabajadores nacionales que pueden ocupar el

puesto ofertado y consecuentemente justificar la desestimación del permiso 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 complace 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 la 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 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

Permiso de trabajo

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.

OCTAVO: En conclusión, reuniéndose en el presente caso todos los requisitos normativamente exigidos para la obtención del permiso de trabajo y no constatando la existencia de trabajadores nacionales, comunitarios o fronterizos capaces de desarrollar la actividad ofertada, acreditación que debió realizar la Administración mediante la certificación correspondiente, procede conceder el permiso solicitado.”

* * *

NOTA: Ya advertimos que durante la vigencia de las normas reguladoras del cupo 2002, el régimen general había quedado, *de facto*, prácticamente anulado, situación a la que había contribuido la Circular 1/2002, de 16 de enero, de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, sobre “Instrucciones generales sobre el contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios y el procedimiento para su cobertura”. La presente sentencia es una muestra más de que las oficinas de extranjeros a lo

largo del pasado año han venido denegando sistemáticamente y con carácter general las solicitudes de permiso de trabajo y residencia, a pesar de acreditarse, mediante la presentación de los correspondientes certificados de las oficinas de empleo la no existencia de demandantes de empleo disponibles para cubrir las ofertas de referencia.

(Pueden consultarse, al respecto, las Sentencias del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Valencia de 18 de noviembre de 2002, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Alicante de 26 de noviembre de 2002 y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 7 de febrero de 2003, todas ellas referenciadas en el nº 2 de esta Revista.)

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.

Fecha: 15 de abril de 2003.

Recurso de Apelación: 21/03.

Ponente: D. Lorenzo Cotino Hueso.

Voz: Permiso de trabajo. Suficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional. Contingente.

“Sin ser obligada atención la resolución del presente caso, habría de preguntarse cuál habría de ser la solución si lo que se requiriese fuera el conocimiento de un particular idioma en la cocina (como pudiera ser el chino), en razón justificada de la necesaria funcionalidad del mismo en el centro de trabajo, causada por el no improbable hecho de la mayoritaria presencia de hablantes de dicho idioma que se desarrollaran mejor en su idioma de origen con el puesto de cocinero a cubrir.

De igual modo, habría de preguntarse si el concreto puesto a desempeñar en la cocina que se oferta requiere de la pericia particular de la especialidad de cocina china hasta el punto de no poderse cubrir por quien tiene conocimientos en cocina. No hay que obviar que son muy variadas las tareas a realizar en una cocina y diferentes los grados de conoci-

Permiso de trabajo

miento requeridos para desempeñarlas, siendo como es que el conocimiento general de trabajo en cocina para desempeñar no pocos puestos resulta garantía suficiente de la idoneidad para el desarrollo de muchos puestos de los ofertables en la cocina de un restaurante, incluido el de comida china.

Asimismo, aun para el supuesto de la probada necesidad de un cocinero especializado en cocina china para cubrir el puesto, el sujeto para quien la empresa solicita el permiso de trabajo habría de probar la formación o experiencia de cocinero en el país de origen, sin que la mera nacionalidad hubiera de servir como aval de una formación y experiencia por encima de quienes tienen probados conocimientos generales. A diferencia del idioma, sobre el cual puede afirmarse la presunción legal de conocimiento por el hecho de ser nacional, en tanto resulta un deber generalmente reconocido, en modo alguno puede presumirse dicho conocimiento en los artes culinarios por la mera circunstancia de la nacionalidad, tal y como se ha afirmado.

Pues bien, a la vista de lo anterior, para este Tribunal todo parece indicar que las ofertas de trabajo que incluyan tales perfiles determinados habrían de estar particularmente justificadas para el caso concreto, para que en modo alguno se conviertan en ofertas que sólo puedan ser cubiertas por nacionales chinos (hindúes, mejicanos, vietnamitas, argentinos, peruanos, o cualesquiera otros). Y ello es así porque la solicitud indiscriminada de estos perfiles sin la necesaria justificación podría en muchos casos esconder, como se ha dicho, la discriminación prohibida para cualquier otro demandante de empleo en el mercado nacional por razón de raza u origen nacional, siendo contraria tanto a la Constitución cuanto a la legislación concreta de extranjería. Dado que puede considerarse que en estos perfiles concretos puede ocultarse una discriminación especialmente prohibida, la justificación de la necesidad del perfil ofertado habría de considerarse de modo más riguroso, hasta el punto de que la mera libertad empresarial no permita directamente elu-

dir la necesidad de justificación del perfil concreto del empleo que se ofrece para ser cubierto. Por lo expuesto, procede estimar la presente apelación.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.

Fecha: 15 de abril de 2003.

Recurso de Apelación: 531/03.

Ponente: D. Lorenzo Cotino Hueso.

Voz: Permiso de trabajo. Inadmisión a trámite de la solicitud de permiso de trabajo presentada utilizando procedimientos inadecuados. Contingente.

“(…) en efecto, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001 es contrario al Reglamento de extranjería por pervertir el sistema de permisos de trabajo por cuenta ajena por él configurado, realizando regulación a partir de la habilitación que concede el artículo 65.10º del Reglamento contraria al mismo, y no posibilita por el artículo 65.11º de éste, por cuanto se parte de una interpretación de este apartado contraria a la que procede en virtud de una interpretación sistemática del mismo que obliga a no invertir el sistema del propio Reglamento.

Como consecuencia, según se dijo en fundamentos anteriores, cabe considerar el Acuerdo ilegal por ser contrario al artículo 9.3º de la Constitución, al artículo 51 de la Ley 30/1992 e incurrir en causa de nulidad plena del artículo 62.2º de esta misma Ley.

Cuando la Subdelegación del Gobierno en Valencia acuerda inadmitir la solicitud de permiso de trabajo litigiosa en aplicación del Acuerdo en lo que debe considerarse contrario a Derecho, no sólo se incurre en nulidad del artículo 63, por la «simple» contravención de la Ley o el Reglamento de extranjería (anulabilidad del artículo 63, por «cualquier infracción del ordenamiento jurídico». También, incluso, cabe considerar que se da la nulidad plena del artículo 62, como puede resultar la incluida en

la letra e) del apartado 1.º (actos citados prescindiendo total y absolutamente de procedimiento legalmente establecido), dado que se aparta grave y totalmente del procedimiento establecido en los artículos 80 y siguientes del Reglamento, incumpliendo su obligación de admitir a trámite, instruir y resolver dicha petición conforme a la normativa legal y reglamentaria vigente. Y es que ello es lo que procede declarar en la sentencia apelada, en razón de la inaplicación del Acuerdo y la aplicación «normal» de lo dispuesto en el Reglamento ante una solicitud de permiso de trabajo por la vía «general».

Por todo ello, entendiendo que la resolución de 8 de marzo de 2002 de la Subdelegación del Gobierno en Valencia es contraria a Derecho y que se fundamenta en un Acuerdo del Consejo de Ministros que no puede ser aplicado por transgredir el ordenamiento jurídico, procederá confirmar plenamente la sentencia de instancia que anula aquélla, ordenando la admisión a trámite de la solicitud interesada, debiendo entender que la lectura del artículo 6.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 27.1 en relación al artículo 12.1.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa obliga a la juzgadora de instancia a inaplicar el citado Acuerdo del Consejo de Ministros y a plantear cuestión de ilegalidad ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Así pues, pese a matizarse y complementarse los motivos aducidos por la sentencia apelada para fundamentar su fallo, la misma no puede más que confirmarse.”

DERECHO PENAL

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.
Fecha: 30 de enero de 2003.

Recurso de Casación: 1425/2001.

Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

Voz: Artículo 313 del Código Penal. Delito de favorecimiento de la inmigración clandestina.

Resumen: El Tribunal estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por don A.O.O. y F.P.M., contra la Sentencia dictada por delito de detención ilegal y prostitución.

“Alega el recurrente, como tercer motivo también por infracción de ley, que los hechos no son legalmente integradores del delito de favorecimiento de la inmigración clandestina, por el que también ha sido condenado.

En el artículo 313 del Código Penal se castigan dos conductas que, aunque distintas, tienen en común el estar relacionadas con el fenómeno migratorio: la inmigración clandestina —artículo 313.1— y la emigración fraudulenta —artículo 313.2—. La primera es la que tiene por sujeto pasivo a los trabajadores extranjeros.

La conducta típica consiste en la realización de cualquier acto de promoción o favorecimiento de la inmigración. Para que la conducta sea penalmente relevante, dicha inmigración ha de ser «clandestina», es decir, al margen de la normativa administrativa que regula la entrada de extranjeros en España.

Aun cuando no se exprese en el tipo, la sanción del tráfico ilegal de mano de obra como delito requiere el daño o la grave puesta en peligro de los derechos de los trabajadores afectados, bien jurídico tutelado en este título.

Del tenor literal del precepto —«de trabajadores a España»— se infiere, que sólo se incluyen los movimientos migratorios entre distintos países. Por lo tanto, los llamados movimientos migratorios internos quedan excluidos del ámbito de punición del artículo 313.1 del Código Penal.

El sujeto pasivo es el conjunto de los trabajadores, dado el carácter colectivo del bien jurídico protegi-

Derecho Penal

do. El precepto maneja, a efectos penales, un concepto amplio de trabajador, incluyendo no sólo a los trabajadores comprendidos en los artículos 1.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, sino también a los extranjeros que desean obtener un puesto de trabajo en nuestro país. De no entenderse el concepto en estos términos amplios, la norma carecería de contenido pues precisamente la inmigración clandestina se realiza por personas que pretenden obtener trabajo, pero que aún no disponen del permiso necesario para ser considerados legalmente como trabajadores en nuestro país.

La inmigración ilegal, aun cuando sea voluntaria, coloca en situación de vulnerabilidad o riesgo a la persona que se traslada y establece en país que no es el suyo, por lo que las conductas que la promueven están poniendo en peligro los bienes jurídicos más relevantes de estas personas y perjudicando los derechos de los que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada en el Estado Español se hubiese realizado en condiciones de legalidad.

El Convenio de Schengen, incorporado al acervo comunitario por el Tratado de Amsterdam, compromete a las partes contratantes a sancionar rigurosamente «a cualquier persona que, con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o permanecer en el territorio» (artículo 2.1º).

La diferenciación esencial con el actual artículo 318 bis se encuentra en el objeto del tráfico, que en el artículo 313 tienen que ser específicamente trabajadores. El artículo 318 bis no se encontraba vigente todavía cuando se realizó el hecho, sancionando aquellos supuestos en que el tráfico ilegal se realiza con personas que, por su edad u otras circunstancias, no pretenden trabajar en España o aquellos otros en los que dicho objetivo no resulta acreditado.

Pero en el caso actual está acreditada dicha finalidad, pues a estos efectos el trabajo como camarera

en un Club de alterne debe incluirse en el concepto de trabajador manejado por el artículo 313.

Hoy el artículo 188.2º castiga expresamente al que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Esta modalidad delictiva, introducida por la LO 11/1999, de 30 de abril, se cualifica por la finalidad perseguida por su autor, pero no se ha aplicado en este caso por estimar que no se encontraba todavía vigente cuando se promovió la entrada ilegal de la denunciante.

El motivo, por todo ello, debe ser desestimado, pues es claro que el recurrente promovió la inmigración clandestina de una persona, reclutándola en el Ecuador, pagándole el billete hasta España y proporcionándole una cantidad en metálico, para que pudiese entrar como turista, cuando la finalidad de la inmigración era que trabajase en nuestro país en un Club de alterne regentado por un amigo suyo. Una vez en España le exigió la devolución del dinero en metálico prestado para defraudar los controles de inmigración y también que pagase con sus servicios el precio del viaje, colocándola en una situación de penuria y desprotección que constituye uno de los peligros que pretende conjurar el tipo penal.

El cuarto motivo alega que el recurrente debió ser considerado cómplice, pues él no era el titular del Club, y actuó siguiendo instrucciones del otro acusado. El motivo carece de fundamento, pues el relato fáctico describe con claridad un comportamiento de autoría y no de mera complicidad, tanto en el delito de promoción de la inmigración clandestina como en el de determinación coactiva al mantenimiento en la prostitución.”

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª.

Fecha: 24 de abril de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1209/1997.

Ponente: D. Francisco Javier Canabal Conejos.

Voz: Homologación del título de odontólogo. Bolivia.

Resumen: El Tribunal estima el recurso interpuesto por don G., contra la resolución por la que se deniega a la recurrente su solicitud de homologación del título de odontólogo obtenido en la Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca en Bolivia por el título español de Licenciado en Odontología.

“La recurrente, D. G., en su escrito de formalización de demanda alega la aplicación del Tratado de Reconocimiento Mutuo de Validez de Títulos Académicos y de Incorporación de Estudios, suscrito por España y Bolivia el 4 de septiembre de 1903, como norma de rango superior que forma parte del ordenamiento jurídico español y cuya vigencia y aplicación no ha sido denunciada, (...).

El Abogado del Estado, tras hacer un análisis de la evolución del régimen jurídico del Título de Odontología en España, entiende que a partir de la entrada en vigor de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, todas las homologaciones de títulos extranjeros de Odontología han de referirse al título de Licenciado, pues, de otra forma, de acuerdo con la Ley, no estarían habilitados para ejercer la profesión. Considera que proceder a las homologaciones sin la superación de la prueba de conjunto, supone incumplimiento de las Directivas 78/686 y 687 del Consejo; (...).

Pues bien, analizada por la Administración la formación de las solicitantes, es obvio que el título de Odontólogo expedido en la República Argentina no puede ser homologado al actual de Licenciado en Odontología español acorde ya con las Directivas

comunitarias y normas españolas de adaptación al derecho comunitario, cuando no existe la necesaria equivalencia. Y, por otra parte, habiendo dejado de impartirse en 1948 las enseñanzas del viejo título de Odontólogo tampoco puede aceptarse la homologación a este título. Expuesto lo anterior, nada impide que la homologación (naturalmente al título español actual de Licenciado en Odontología) quede supeditada a la superación de una prueba de conjunto.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª.

Fecha: 27 de junio de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1102/1996.

Ponente: D. Ramón Verón Olarte.

Voz: Homologación del título de odontólogo. Nacional de Costa Rica.

Resumen: El Tribunal desestima el recurso interpuesto en representación de don L. contra la resolución dictada por la cual se deniega el título de especialista solicitado.

“El recurrente, don L. en su escrito de formalización de demanda alega la aplicación del Convenio de Cooperación Cultural suscrito entre España y Costa Rica de 6 de noviembre de 1971, (...) como de rango superior que forma parte del ordenamiento jurídico español Convenio cuya vigencia y aplicación no ha sido denunciada.

El Abogado del Estado, tras hacer un análisis de la evolución del régimen jurídico de los títulos médicos universitarios en España, entiende que a partir de la entrada en vigor de la Ley 10/1986, de 17 de marzo, todas las homologaciones de títulos extranjeros de Odontología han de referirse al título de Licenciado, pues, de otra forma, de acuerdo con la Ley, no estarían habilitados para ejercer la profesión. Considera que proceder a las homologaciones sin la superación de la prueba de conjunto, supone incumplimiento de las Directivas 78/686 y 687 del Consejo; (...).

Nacionalidad

Centrada la cuestión objeto de debate y dado que el Tribunal Supremo en tres Sentencias de fecha 23 de mayo de 1997, otra de 4 de junio de 1997 etc. estimó el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado considerando ajustadas a derecho las resoluciones administrativas que exigían la superación de una prueba de conjunto para la homologación de los títulos de Odontólogos obtenidos en la República Argentina, ello obliga a esta Sala a modificar el criterio que veníamos manteniendo de forma ya reiterada en numerosas Sentencias en asuntos idénticos al ahora planteado. Criterio que suponía estimar los recursos contencioso administrativos interpuestos frente a resoluciones dictadas por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación y Ciencia, y en consecuencia en aplicación de lo dispuesto en el Convenio de Cooperación Cultural entre España y diversos países hispanoamericanos, entre ellos, Costa Rica, reconocíamos la homologación de los títulos de odontología obtenidos en aquellas Repúblicas al título español correspondiente.”

NACIONALIDAD

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 17 de febrero de 2003.

Recurso de Casación: 3753/1998.

Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí.

Voz: Nacionalidad. Denegación procedente. Razones de orden público o interés nacional.

Resumen: El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don M.S.K.S., de origen iraquí, contra la Sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso deducido frente a la resolución del Ministerio de Justicia e Interior denegatoria de la concesión de nacionalidad española.

“(…) a juicio de la representación procesal de la parte recurrente la resolución administrativa que le denegó la concesión de la nacionalidad española por razones de orden público o interés nacional, en atención al «círculo de relaciones y las actividades del peticionario», no está motivada.

(…).

La exigencia formal exigida por el citado artículo 54 de la Ley 30/1992 sólo es predicable para las resoluciones administrativas, y en el caso que examinamos, esta exigencia formal se cumplimentó por la resolución administrativa a través de la motivación *in aliunde*, es decir, mediante la aceptación o incorporación a su texto de los informes *ad hoc* emitidos en el expediente por las autoridades públicas en los que se hace constar que «tanto el interesado como su sobrina son dirigentes de la Asociación Hispano-iraquí y de la Federación de Asilados y Refugiados en España, así como diputado de la oposición iraquí en el Congreso Nacional Iraquí, creado por los disidentes de todas las tendencias en el exilio. El servicio de información exterior no aconseja que se acceda a su petición de nacionalidad, pues los cargos citados suponen que está plenamente inmersa en la política de otro Estado».

(…).

No obstante, la petición del ciudadano extranjero a través de su correspondiente declaración de voluntad para pertenecer como ciudadano español a nuestra Comunidad, a fin de gozar de su específico estatuto personal y, consiguientemente, poder participar en la vida pública, en los poderes del Estado y sus Instituciones, queda *ope legis* condicionado en el artículo 21 del Código Civil a determinar si, en su esfera personal, su conducta es o no encuadrable en los conceptos de «orden público» o «interés nacional» que como causa obstativa y excepcional señala en términos potestativos u optativos el referido precepto: «podrá»; por cuya razón, y de conformidad con el criterio que sustentamos en nuestra Sentencia de uno de julio de dos mil dos, al resolver el

Nacionalidad

recurso de casación 2969/1998, interpuesto por doña B.M. A.R., sobrina del aquí recurrente, debemos desestimar también estos dos motivos de casación.”

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 Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional en el recurso sostenido contra la resolución por la que se denegó la concesión de la nacionalidad española por residencia.

“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 discrepancias 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 territo-

rio 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.

(...) como se declara en la propia Sentencia recurrida, la solicitante de la nacionalidad española no había residido legalmente en España por el tiempo que exige dicho precepto al haber existido algún período en que su residencia no estuvo amparada por el correspondiente permiso de residencia, con lo que la Sala de instancia ha realizado también una aplicación indebida del artículo 1253 del Código Civil, terminando con la súplica de que se anule la Sentencia recurrida y se declare la conformidad a derecho de la resolución administrativa impugnada.

(...).

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 aquella 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

Régimen comunitario

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 concluido el invocado artículo 22 del Código Civil ni tampoco el artículo 1253 del mismo Código.”

RÉGIMEN COMUNITARIO

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Fecha: 25 de febrero de 2003.

Asunto: C-326/00.

Ponente: D. A. La Pergola.

Voz: Seguridad Social. Hospitalización de un pensionista durante una estancia en un Estado miembro distinto del de residencia. Requisitos para la asunción de gastos.

“El Sr. I. reside en Grecia y es allí titular de una pensión de jubilación que abona el IKA. Durante una

estancia en Alemania, fue hospitalizado en la clínica de la Universidad técnica de Múnich del 26 de noviembre al 2 de diciembre de 1996 donde se le practicó en concreto un cateterismo con colocación de una sonda cardíaca. De los certificados médicos emitidos en esta ocasión se desprende que esta hospitalización tuvo lugar con carácter urgente, debido a repetidos dolores en el tórax relacionados con una angina de pecho.

El 6 de diciembre de 1996, el Sr. I. presentó ante la Caja de enfermedad de la empresa (...), con sede social en Essen (Alemania) (en lo sucesivo, «Caja de enfermedad alemana»), como institución del lugar de estancia, una solicitud para la asunción por esta última, por cuenta del IKA, de los gastos relacionados con dicha hospitalización.

La Caja de enfermedad alemana dirigió entonces un formulario (...) al IKA para obtener de este último, como institución competente, el envío de un formulario (...) o, en su defecto, la confirmación de la imposibilidad de enviar tal formulario.

Aunque estaban informados de que el 15 de noviembre de 1996 la oficina local competente del IKA había expedido al Sr. I. un formulario (...) válido para el período comprendido entre el 16 de noviembre y el 31 de diciembre de 1996, los servicios del IKA solicitaron el dictamen de la Comisión sanitaria de segundo grado (en lo sucesivo, «CSSG») respecto a la oportunidad de autorizar *a posteriori* la hospitalización sufrida por el interesado.

La CSSG emitió un dictamen negativo basado en que la enfermedad que padecía el Sr. I. no había aparecido de forma suficientemente repentina durante su estancia en Alemania como para justificar un ingreso inmediato en el hospital y que habría podido ser adecuadamente tratada en Grecia. La CSSG señalaba, más en concreto, que la enfermedad del Sr. I. era crónica, como lo certificaban varios exámenes realizados en junio de 1996, que el deterioro del estado de salud de éste no había sido repentino, ya

Régimen comunitario

que el angiocardiograma que se le había realizado en Grecia el 11 de noviembre de 1996 había revelado los mismos resultados que el realizado con motivo de su hospitalización en Alemania y, por último, que dicha hospitalización había sido programada.

Al considerar que, por consiguiente, no concurrían los requisitos establecidos en el artículo 3 bis, apartado 4, letra g), del Reglamento del IKA, el 18 de abril de 1997 el IKA decidió no autorizar *a posteriori* la atención dispensada al Sr. I. Por otra parte, el IKA devolvió el formulario (...) a la Caja de enfermedad alemana indicando que en el presente caso no podía expedir un formulario (...).

El Sr. I. presentó una reclamación contra esta denegación de autorización ante la comisión administrativa competente del IKA. Señaló en particular que el objetivo de su estancia en Alemania era visitar a su hijo, que reside allí con su madre.

Por estimar que la enfermedad del Sr. I. se manifestó de forma repentina durante dicha estancia y que su hospitalización era necesaria para evitar un riesgo real para su vida, dicha comisión decidió, el 14 de julio de 1997, que conforme al artículo 3 bis, apartado 4, letra g), del Reglamento del IKA, procedía autorizar *a posteriori* la atención controvertida y, por lo tanto, que correspondía al IKA sufragar el reembolso.

(...).

De todo lo anterior se desprende que un Estado miembro no puede supeditar la concesión de prestaciones en especie que el artículo 31 del Reglamento nº 1408/71 garantiza a los titulares de pensiones que se hallen en un Estado miembro distinto del de su residencia ni a un procedimiento de autorización ni a la exigencia de que la enfermedad que ha requerido la asistencia controvertida apareciera de forma repentina durante esta estancia haciendo inmediatamente necesaria la prestación de dicha asistencia.

(...).

Sin embargo, en el asunto principal, como así se ha señalado en los apartados 48 y 49 de la presente Sentencia, la Caja de enfermedad alemana se negó a abonar tales prestaciones en especie al Sr. I., de manera que se puede inferir de ello, aunque tal circunstancia no se desprende expresamente de los términos de la resolución de remisión, que el interesado probablemente se hizo cargo personalmente del coste de la asistencia dispensada, cuyo reembolso le deniega el IKA ahora.

(...) el derecho a disfrutar las prestaciones en especie garantizadas por esta disposición a los titulares de pensiones que se hallen en un Estado miembro distinto de su Estado de residencia no está sujeto al requisito de que la enfermedad que ha requerido la asistencia en cuestión apareciera de manera repentina durante tal estancia, haciendo inmediatamente necesaria dicha asistencia. Por consiguiente, esta disposición se opone a que un Estado miembro supedite dicho disfrute a un requisito semejante.

Cuando la institución del lugar de estancia ha denegado erróneamente el abono de las prestaciones en especie contempladas en el artículo 31 del Reglamento nº 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento nº 2001/83 en la versión resultante del Reglamento nº 3096/95, y la institución del lugar de residencia, después de conocer esta negativa, se ha abstenido de contribuir a facilitar, como es su obligación, la aplicación correcta de esta disposición, corresponde a esta última institución, sin perjuicio de una eventual responsabilidad de la institución del lugar de estancia, reembolsar directamente al asegurado el coste de la asistencia que éste tuvo que sufragar, a fin de garantizarle un nivel de asunción del coste equivalente al que hubiera disfrutado si se hubiera respetado lo dispuesto en dicho artículo.”

LA DIFÍCIL IGUALDAD

(A PROPÓSITO DE UNA RECIENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL)*

(*) Se trata de la STC 95/2003, de 22 de mayo, pronunciada en el recurso de inconstitucionalidad nº 1555/96, promovido por el Defensor del Pueblo contra el inciso “que residan legalmente en España” del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. El texto completo puede consultarse en la web de Extranjería (www.reicaz.es/extranjeria).

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Valencia

SUMARIO

I. Una recapitulación sobre el alcance del principio constitucional de igualdad en lo relativo al reconocimiento y garantía de los derechos de los extranjeros.

II. Otro test de la igualdad: el derecho a tutela judicial efectiva. La reciente Sentencia 95/2003 del Tribunal Constitucional.

I. UNA RECAPITULACIÓN SOBRE EL ALCANCE DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD EN LO RELATIVO AL RECONOCIMIENTO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

Nadie duda que el régimen constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España tiene como fundamento el contenido constitucional (es decir, el alcance y los límites) de los artículos 10.2 y 13.1 de la Constitución, en relación a su vez con lo establecido en el artículo 14. Por eso, la piedra de toque sobre la orientación de las sucesivas reformas del régimen jurídico de la extranjería es el alcance que se otorga al principio de igualdad. Así, lo más relevante de la contrarreforma en el régimen jurídico de la inmigración introducida por la LO 8/2000 fue, a juicio de muchos de nosotros, la nueva redacción atribuida al artículo 3, que abandonó el principio de equiparación en el reconocimiento –al menos *a priori*– de derechos entre españoles y extranjeros, y lo substituyó por un criterio interpretativo general en relación con el ejercicio de los derechos. En concreto, la discusión acerca de la constitucionalidad de una parte del articulado de la nueva LO 8/2000 –todavía no resuelta por el Alto Tribunal– responde precisamente al establecimiento en esa ley de una condición administrativa –la autorización de estancia o residencia de los extranjeros en territorio español– como condición *sine qua non* para el ejercicio de determinados derechos, como los de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga, cuyo

reconocimiento no se niega, pero quedaría desvirtuado por esa vía, hasta convertirse en una verdadera “ablación del derecho”¹.

La clave del debate que se plantea acerca de ese régimen jurídico-constitucional reside, insisto, en el alcance del principio de igualdad y no discriminación y en particular en la interpretación de la cláusula incluida en el artículo 13.1 de la Constitución, que establece: “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título *en los términos que establezcan los tratados y la ley*” (la cursiva es propia). De la interpretación de este enunciado surgen buena parte de los problemas: ante todo, porque, como ya hemos mencionado, cabe sostener que el mencionado precepto establece una cláusula de configuración legal que atribuye al legislador la competencia para la determinación de qué derechos son titulares los extranjeros y en qué condiciones, también respecto a su ejercicio y, además, porque le otorga la competencia para restringir el mencionado alcance del principio de igualdad y no discriminación tan sólo a un núcleo esencial de derechos, los que afectarían directamente a la dignidad humana. Es decir, que el propio principio de igualdad en el reconocimiento de derechos entre españoles y extranjeros estaría sometido a limitaciones de configuración legal, de donde se argumenta la existencia de derechos que en modo alguno pueden reconocerse a los extranjeros. Es la tesis de los tres “bloques” o “cestos” de derechos.

En efecto, uno de los tópicos que pasan por dogmas acerca del mencionado régimen jurídico de la extranjería (de la inmigración, que esa es la cuestión real) es que la jurisprudencia constitucional habría dejado claro que el principio de igualdad no significa la atribución por igual a extranjeros y españoles de todos los derechos enunciados en el título I de la de la CE, sino que, en aplicación del criterio interpretativo enunciado en el artículo 10.2 de la Constitución, que equipara a los extranjeros con los españoles en el reconocimiento y disfrute de los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal, que le son inherentes y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, la jurisprudencia constitucional habría construido la tesis de los tres cestos de derechos.

a) Un primer grupo, que podríamos llamar “derechos comunes” a nacionales y extranjeros, el de los derechos vinculados directamente a la garantía de la dignidad de la persona, es decir, a lo reconocido en el artículo 10.1 de la Constitución (así, las SSTC 107/1984, 99/1985, 130/1995, 91/2000, 95/2000): derechos como el derecho a la vida y a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica (STC 107/1984), a la libertad individual (STC 115/1987), a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985), son los derechos respecto a los que se reconoce la total equiparación entre ciudadanos y extranjeros. Sólo este grupo tendría, pues, régimen universal, por tratarse del mínimo invulnerable de derechos que pertenecen a la persona, como tal, no en cuanto ciudadano, los derechos “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana” (STC 91/2000, de 30 de mar-

(1) Habría que añadir incluso el de tutela judicial efectiva, por vía de denegación de la asistencia jurídica gratuita (artículo 22), al que voy a dedicar la mayor parte de estas páginas, a la luz de la reciente STC 95/2003. La fórmula “ablación del derecho” para designar el efecto perverso de la distinción entre reconocimiento y ejercicio que propiciaría la Ley 8/2000 es utilizada por ejemplo en la consideración jurídica VI del dictamen por el Dictamen 42/2001, de 6 de marzo, de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón.

La difícil igualdad

zo, fundamento jurídico 7, en consonancia por ejemplo con las SSTC 107/1984, 99/1985, 130/1995, 95/2000). El problema es que el elenco de estos “derechos comunes” o “derechos mínimos” no se encuentra expresamente formulado en la Constitución, sino que debe ser deducido de una interpretación sistemática. Por tanto, los contornos del grupo no estarían claramente establecidos, si bien es cierto que los que ya hemos mencionado no son objeto de discusión.

b) Un segundo grupo de derechos, que, de conformidad con el tenor literal del artículo 13 de la CE denominaríamos “derechos condicionados a la configuración legal”. Se trata de una serie de derechos cuyo disfrute se remite a los “términos de la ley”. La STC 107/1984 nos aclara su concepto de la manera siguiente: “... los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados –dentro de su específica regulación– de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción, en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal”. El propio Tribunal Constitucional ha enunciado como ejemplos de este segundo grupo los derechos de reunión, manifestación, asociación, educación, sindicación y huelga, que “pertenerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato en cuanto a su ejercicio” (STC 107/1984, fundamento jurídico 4).

c) Finalmente, los “derechos vinculados a la nacionalidad”, es decir, derechos que en modo alguno puede reconocerse a los extranjeros en cuanto tales, porque serían privativos de los españoles. La discusión se centra en su concreción. Las posiciones más “ortodoxas” o conservadoras, aferradas a la literalidad de los preceptos y a la concepción más tradicional de la soberanía y la ciudadanía, excluyen al extranjero de su titularidad, allí donde la Constitución use el término de “español” o “ciudadano”. En el otro extremo, se postula una equiparación total de los derechos entre nacionales y extranjeros. Hoy, sin embargo, parece tomar cuerpo una interpretación más amplia de los preceptos constitucionales en beneficio de la condición jurídica del extranjero. Quedaría como núcleo de este tercer bloque, el contenido mínimo de derechos reservados a los nacionales, los de carácter político. En concreto, el mencionado en el párrafo segundo del artículo 13 en relación con el artículo 23 de la Constitución. Sin embargo, incluso respecto a éstos se admite la excepción derivada del principio de reciprocidad o equiparación con el reconocimiento a los propios nacionales españoles en el país de origen del extranjero (SSTC 107/1984, 99/1985, 130/1995).

Pues bien, esa doctrina canónica está lejos de ser indiscutible. En las alegaciones que presentamos el 22 de mayo de 2001 al Defensor del Pueblo un grupo de profesores de Derecho para instarle a incoar recurso de inconstitucionalidad contra la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por la LO 8/2002², señalábamos que la discriminación entre derechos de los extranjeros y derechos

(2) Coincidiendo con lo señalado en otras alegaciones sobre el recurso de inconstitucionalidad, por ejemplo, las presentadas por el sindicato CC.OO. y por la red Acoge.

de los ciudadanos en los términos en los que la recogía la ley, lejos de justificada, era contraria a la legalidad porque resulta insostenible una interpretación restrictiva como la que pretende que la distribución de las esferas de derechos entre los ciudadanos y las distintas categorías de extranjeros basada en la ciudadanía (en realidad, en la nacionalidad y en la condición de trabajador útil en el mercado de trabajo formal), sea conforme a lo que dispone la Constitución en sus artículos 10 y 13. Es decir, precisamente poníamos en tela de juicio esa interpretación, que permite restringir a un pequeño grupo el elenco de derechos realmente universales y sólo reconoce el resto de derechos –la plenitud en el reconocimiento y garantía– a quienes puedan presentarse como ciudadanos. En efecto, semejante concepción de la ciudadanía y de los derechos es cada vez más a todas luces, como ha afirmado elocuentemente Luigi FERRAJOLI, “la penosa cobertura de un privilegio”. A nuestro juicio, los principios del garantismo universalista y de la democracia inclusiva, aparentemente reforzados en una sociedad caracterizada por el proceso de globalización, hacen cada vez más difícil de aceptar esa discriminación en el reconocimiento y garantía de derechos –uno de los argumentos empleados en la LO 8/2000– como discriminación “justificada”. Al contrario, la igualdad en ese reconocimiento y garantía aparece cada vez más como exigencia insoslayable. Y lo que habría que justificar exhaustivamente son las limitaciones a esa igualdad.

La primera e importante observación que debe recordarse, a mi juicio, es que, tal y como ha interpretado el propio Tribunal Constitucional (STC 107/1984, fundamento jurídico 3, reiterado asimismo en el fundamento jurídico 3 de la STC 95/2000), la Constitución no establece que los extranjeros tengan en España los derechos y libertades que les atribuyan los Tratados y las leyes, sino aquellos derechos y libertades que garantiza el título I “en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Eso significa que tales derechos siguen siendo derechos constitucionales, es decir, dotados de la protección constitucional “dentro de su específica regulación”: se trata de derechos constitucionales de configuración legal, que tienen una regulación específica que depende del derecho afectado, pero esa configuración no comporta que la regulación de su titularidad y de su ejercicio se pueda dejar al libre arbitrio del legislador.

En otras palabras, lo que se ha denominado “reserva de configuración legal” de los derechos y libertades de los extranjeros en España y que afectaría sobre todo, como veremos, al estatuto diferenciado entre españoles y extranjeros respecto a lo que denominaremos segundo y tercer grupo de derechos fundamentales, no significa, en modo alguno, que el legislador pueda desvincularse de los preceptos constitucionales relativos a la titularidad, el contenido esencial y el ejercicio de los derechos: así lo sostiene la STC 115/1987 en su fundamento jurídico 3, al señalar que la diferencia de trato entre extranjeros y españoles no significa posibilidad de legislar al margen de los mandatos constitucionales que reconocen derechos a los extranjeros: “El artículo 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede interpretar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste

La difícil igualdad

ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el artículo 22.4 de la Constitución. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales”.

Además, es doctrina constitucional reiterada que las limitaciones a esos derechos fundamentales han de ser interpretadas restrictivamente y en ningún caso pueden significar la desnaturalización de los derechos o el vaciamiento de su contenido al convertirlos en impracticables: al contrario, “los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos” (STC 159/1986). Específicamente, para alegar la existencia de fines sociales que puedan justificar tales límites, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que esos fines sociales han de constituir en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y que su prioridad respecto a determinados derechos individuales ha de resultar de la propia Constitución (STC 22/1984).

Finalmente, ha de destacarse la importante limitación de la capacidad de configuración legal de los derechos de los extranjeros que deriva del criterio interpretativo que establece el artículo 10.2 de la Constitución en materia de derechos fundamentales. Ese mandato constitucional remite a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y a los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre estas materias ratificados por nuestro país. Es decir, que identifica como tal criterio hermenéutico específico lo que podríamos denominar el “*standard* internacional”, tanto en lo relativo a la titularidad como al ejercicio. Como resume el cuidadoso Dictamen número 221 del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya de 7 de febrero de 2001, en su fundamento II ³, que invoca en este punto el informe del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de la LO 8/2000, “se puede decir que también formaría parte del contenido esencial de los derechos fundamentales (entendido como el contenido declarado constitucionalmente por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia) el estándar mínimo que contienen los Tratados internacionales y, en su caso, la jurisprudencia de los tribunales creada al amparo de esos Tratados y frecuentemente recogida por el Tribunal Constitucional. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional también admite límites a los derechos fundamentales y libertades públicas provenientes de los Tratados (siempre que no estén expresamente prohibidos en el texto constitucional), ya que la interpretación de los derechos persigue, entre otras cosas, la determinación de sus límites y, si el Tratado forma parte de su contenido, es en él donde se han de encontrar”. Así lo ha establecido también el propio Tribunal Constitucional que ha reiterado cómo los Tratados internacionales determinan los contenidos de los derechos otorgándoles el “perfil exacto” querido por la Constitución (SSTC 28/1991, 36/1991, 254/1993, 42/1994, 91/2000).

(3) Debe mencionarse asimismo a este respecto la posición enunciada en el mencionado Dictamen 42/2001, de 6 de marzo de 2001, de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, en su Consideración Jurídica V, coincidente con el del Consell Consultiu.

Aún más. Precisamente a la luz del mencionado criterio interpretativo que establece el artículo 10.2 de la Constitución en materia de derechos fundamentales, como acabo de recordar, es obligado atender a la interpretación que de esos Tratados internacionales hagan los Tribunales u Organismos a los que los propios Tratados atribuyen competencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que la interpretación del artículo 1 del Convenio Europeo, que establece que “las Altas partes contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio” y que es similar a lo dispuesto en el artículo 2 del pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, incluye, indiscutiblemente, a los extranjeros. Asimismo, el Tribunal no deja de reconocer la posibilidad de establecer limitaciones en el ejercicio de tales derechos, es decir, restricciones, pero como de nuevo sostiene el mencionado Dictamen 221 (fundamento II *in fine*) en modo alguno eso comporta la posibilidad de excluir de ese ejercicio (menos aún, del reconocimiento) a “un grupo de personas previamente definidas”. Pues bien, precisamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo a quien, según el propio Tribunal constitucional “corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio Europeo que, en principio, han de reconocer como contenido mínimo de sus derechos fundamentales los Estados signatarios del mismo” (STC 91/2000, fundamento jurídico 7, en consonancia entre otras con las SSTC 36/1984; 114/1984, 245/1991, 85/1994, 49/1999), ha establecido en su jurisprudencia (así, casos Malone, Sunday Times, Rekveny, Handyside, Gillow, Young-James y Webster o Dudgeon) las condiciones a las que deben ajustarse tales limitaciones: previsión legal de esos límites, necesidad de los mismos en una sociedad democrática para conseguir una finalidad legítima y proporcionalidad entre los límites y dicha finalidad. Esto significa que la técnica de conceptos jurídicos indeterminados resulta particularmente rechazable a la hora del establecimiento de restricciones de derechos fundamentales. Especialmente, el Tribunal ha rechazado que la mera oportunidad o utilidad pueda equipararse a la necesidad, cuya existencia requiere la justificación de una “razón social importante”, junto a una “exigencia social imperiosa”.

Pero, en realidad, la cuestión va mucho más allá y afecta al criterio mismo de dignidad humana. El problema estriba, como señala a nuestro juicio acertadamente el fundamento II del mencionado Dictamen número 221 del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya de 7 de febrero de 2001, en la interpretación restrictiva que puede derivarse de considerar que sólo los derechos “personalísimos” son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. Por el contrario, lo cierto es que, salvo que mantengamos una concepción paleoliberal, atomística más que individualista, hoy no se puede separar entre unos y otros derechos por lo que se refiere a su vinculación con la dignidad humana. No es posible sostener que no afectan a la dignidad humana derechos como los de asociación o tutela judicial efectiva. Pero ¿qué decir, por ejemplo, del derecho al trabajo? ¿Cómo es posible sostener, sin escándalo, tal y como se aseguró en la respuesta del Defensor del Pueblo al justificar su decisión de no interponer recurso de inconstitucionalidad contra la LO 8/2000, que el derecho al trabajo no forma parte del núcleo de la dignidad humana?

En nuestra opinión, de todo lo anterior se desprende que carece de justificación la pretensión de restringir el régimen de igualdad universal a un núcleo mínimo de derechos. La lectura literal

La difícil igualdad

del artículo 14 de la Constitución que parece enunciar el principio de igualdad jurídica sólo para los españoles es difícilmente conciliable con una interpretación sistemática de la Constitución, a partir de lo dispuesto en el artículo 10.2. En segundo lugar, es asimismo injustificable una interpretación extensiva de la cláusula de configuración legal de los derechos de los extranjeros que ponga en riesgo su contenido esencial como tales derechos. Finalmente, las limitaciones en el ejercicio de derechos fundamentales amparadas en la creación de una categoría o grupo de personas previamente definidas con arreglo a un criterio administrativo, carece de amparo constitucional.

II. OTRO TEST DE LA IGUALDAD: EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. LA RECIENTE SENTENCIA 95/2003 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pues bien, la tarea ineludible de la jurisprudencia constitucional, que se ve obligada a examinar una y otra vez los límites en el esfuerzo de reconfiguración legal de los derechos de los extranjeros que el legislador ordinario viene acometiendo en una especie de “síndrome de Penélope”, tejiendo y destejiendo la red legal hasta el punto de batir un récord (4 reformas de ley orgánica en 3 años), acaba de ofrecer un interesante testimonio en la STC 95/2003, de 22 de mayo.

Se trata de la decisión que resuelve el recurso 1555/96, interpuesto el 12 de abril de ese año por el entonces Defensor del Pueblo Sr. Álvarez de Miranda, contra el inciso del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (en adelante de la LAJG), inciso que, en el caso de los extranjeros, restringe la aplicación del beneficio de justicia gratuita en todos los órdenes jurisdiccionales a aquellos “que residan legalmente en España” (con alguna salvedad, a la que me referiré).

El interés de esta sentencia desborda, incluso, el ámbito al que se dedican estas páginas, pues afecta al menos a cuatro órdenes de cuestiones.

La primera, en materia de interpretación de derechos fundamentales: el fallo mayoritario del TC (pero también alguno de los votos particulares) se ocupan de precisar en qué consiste el derecho de asistencia jurídica gratuita y qué relación guarda con el derecho fundamental de tutela judicial efectiva.

La segunda, sobre interpretación constitucional. En efecto, tanto el fallo mayoritario como los tres votos particulares discuten cuáles son los límites de la interpretación “extensiva” en las decisiones del Tribunal Constitucional.

La tercera, la más relevante desde el punto de vista material, es que la mayoría y los tres votos particulares reflexionan sobre el régimen jurídico de extranjería e inmigración, una cuestión compleja que va ocupando de forma creciente el quehacer de todos los agentes u “operadores” jurídicos y, por tanto, de nuestros tribunales, y en no pocas ocasiones con el resultado de corregir las orientaciones del legislador.

La cuarta ya ha sido aludida con anterioridad. En efecto, cuando, a raíz de la modificación de la LO 4/2000 por la LO 8/2000, un buen número de organizaciones sociales, incluyendo profesores y profesionales del Derecho, se dirigieron al Defensor del Pueblo –en este caso el señor Múgica– para pedirle la interposición de recurso de inconstitucionalidad, buena parte de ellas (por ejemplo, las alegaciones presentadas por el sindicato CC.OO., pero también el Dictamen 42/2001 de 6 de marzo de 2001 de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, en su apartado IX) alegaron precisamente entre los motivos de inconstitucionalidad la negación de la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros no residentes establecida en el artículo 22.2 y el hecho de que este régimen jurídico estaba pendiente de recurso interpuesto por el propio Defensor del Pueblo contra la Ley 1/1996. Cabe recordar que el señor Múgica como Defensor del Pueblo rechazó que hubiera argumentos para interponer recurso de inconstitucionalidad, cuando al menos por coherencia con la institución debiera haber acogido éste, que ahora acaba de estimar el Tribunal Constitucional. También por esa razón, resulta importante la STC 95/2003, porque constituye un precedente vinculante acerca de la constitucionalidad de la ley orgánica 4/2000 reformada por la LO 8/2000.

No voy a ocuparme de todas ellas, pues me limitaré a lo que se refiere más directamente a la interpretación del principio de igualdad en materia de inmigración.

Ante todo, conviene insistir en que el recurso del Defensor del Pueblo se atiene a un ámbito preciso: como asegura el TC en el 2º de sus fundamentos de derecho, pese a lo alegado por el Abogado del Estado en una argumentación extensiva –que pretende utilizar la eficacia persuasiva de la *reductio ad absurdum*– y que el Tribunal desecha, “la impugnación del precepto tachado de inconstitucional por el Defensor del Pueblo (...) se basa exclusivamente por el recurrente en que, en virtud del mismo, los extranjeros que se encuentren ilegalmente en España y carezcan de recursos económicos no podrán interponer el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones administrativas referentes a su estatus de extranjeros (singularmente las resoluciones que acuerden su expulsión), toda vez que para ello es preciso servirse de Abogado (y, eventualmente, de Procurador, dejando al margen la cuestión de la competencia objetiva de los juzgados y de las Salas de lo Contencioso-Administrativo en la materia), vulnerándose así el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE)”. de conformidad con el mencionado artículo 2 de la Ley 1/1996, los extranjeros que no residen legalmente en España y que no cuentan con recursos, sólo pueden acogerse a la asistencia jurídica gratuita en los procesos penales y en los contencioso-administrativos concernientes al asilo.

Dicho de otra manera, el TC entiende que se trata de examinar si la exclusión del derecho a asistencia jurídica gratuita (el recurso se refiere a la noción más concreta de derecho a asistencia letrada de oficio), que afectaría a los extranjeros que no residen legalmente en España, es contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Es cierto que el recurrente se limita a invocar expresamente el reproche de inconstitucionalidad respecto al derecho fundamental a tutela judicial efectiva, pero resulta evidente, como argumenta la sentencia, que la argumentación del recurso “introduce el contenido normativo de este precepto constitucional (del artículo 119 de la CE) como elemento de contraste con la norma legal impugnada de inconstitucionalidad”.

La difícil igualdad

Pues bien, la toma de posición de la mayoría del alto tribunal resulta, a mi juicio, clara y coherente. El TC reitera su doctrina (SSTC 183/2001, 117/1998, 16/1994, 138/1988) conforme a la cual el derecho a la asistencia jurídica gratuita establecido en el artículo 119 de la CE “consagra un derecho instrumental respecto al derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el artículo 24.1 de la CE”. Un derecho de carácter prestacional y de configuración legal, sin duda (puesto que el mismo artículo 119 establece que la justicia será gratuita “cuando así lo disponga la ley”), pero que no permite traspasar el *contenido constitucional indisponible* de ese mismo precepto, concretado en la declaración de que tal gratuidad se debe reconocer “en todo caso respecto a *quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar*”.

Pero es que, además, el artículo 23 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, exige la representación de las partes por Procurador y su defensa por Letrado. Es evidente, pues, que quienes no pueden obtener esos servicios de forma gratuita porque no disponen de recursos suficientes, se verían privados del acceso a la tutela judicial en los procedimientos correspondientes a esa jurisdicción que les afecten. Por tanto, de acuerdo con el inciso impugnado, los extranjeros que no residen legalmente en España, aunque acreditasen *insuficiencia de recursos para litigar*, verían imposibilitado su acceso al control de la legalidad de la actuación de la administración en lo que se refiere a dimensiones básicas de su estatus como extranjero (por ejemplo, como razona la sentencia, los permisos de residencia o trabajo, las exenciones de visado, además de las expulsiones), por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa. Precisamente por ello la STC reafirma la relación instrumental en este ámbito y esa es la primera razón de la nulidad del precepto impugnado.

Por otra parte, en los fundamentos 7 y 8 de esta STC 95/2003, el Tribunal realiza dos precisiones que tienen un alcance muy significativo: la primera, que se dirige frente a la argumentación *ad absurdum* del Abogado del Estado, como señala el voto particular del magistrado Rodríguez Zapata, es que la exigencia de residencia debe entenderse, en todo caso, en sentido amplio. La segunda, más relevante, sostiene que “los extranjeros que se encuentren en España y así reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello, podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita *en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación*” (la cursiva es mía).

La primera precisión trata de acotar el requisito de residencia: éste sería constitucional (por tanto, habría que leer el inciso del apartado a) del artículo 2 “que residan en España”, como una situación de hecho: es inconstitucional restringir el derecho a quienes residan legalmente en España, pero no a quienes residan, es decir, a quienes “se hallan en territorio español”. Sin embargo, a mi juicio, esta “precisión” resulta deficiente. Como critica el voto particular del magistrado Rodríguez-Zapata, se trata de una precisión “indeterminada e imprecisa”: si lo que el Tribunal pretende es no incurrir en una restricción indebida al exigir la residencia legal, no puede evitarlo por la vía de equiparar la residencia a una mera situación fáctica consistente en

“hallarse en España”, pues esa solución crea más problemas de los que resuelve: abarcaría por ejemplo no sólo a los inmigrantes irregulares, sino a los trabajadores temporales, a los turistas, etc. El problema es que subyace una cuestión de mucho mayor calado, como apuntaré después: la vinculación entre ciudadanía, nacionalidad y derechos.

La extensión a todos los órdenes jurisdiccionales es criticada en el voto particular del magistrado García Calvo, que entiende que bastaba con suprimir por inconstitucional el inciso de “residencia legal” en los procesos de expulsión de extranjeros que se siguen en la jurisdicción contencioso-administrativa, sin extender el derecho a todos los órdenes jurisdiccionales, pues esto último supone que el tribunal usurpa funciones de legislador. Llama la atención, por cierto, que un voto tan cuidadoso con el rigor terminológico se permita el tópicos de aludir a la Constitución como “Carta Magna”, un recurso retórico impropio de un miembro del Tribunal Constitucional, que debe conocer la diferencia entre la cartas otorgadas por soberanos (es decir, monarcas medievales o del antiguo régimen) a sus súbditos y las modernas constituciones, en las que la voluntad y el poder constituyentes y por ende el reconocimiento de derechos, es la del pueblo como soberano, es decir, de los ciudadanos.

Pero sin duda la cuestión a mi juicio más relevante en este fallo es de nuevo la definición del régimen jurídico del reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de los extranjeros en España y, muy concretamente, de los inmigrantes no comunitarios.

Todos los miembros del Tribunal, tanto la mayoría como los votos particulares se refieren de una u otra manera a la complejidad del fenómeno de la inmigración y a la dificultad de las respuestas jurídicas a los diferentes desafíos que plantea. Sin embargo, aunque aciertan quienes ponen el énfasis en la necesaria prudencia que deriva de tal complejidad, ello no justifica, a mi juicio, las consecuencias que advierten sobre todo los magistrados que sostienen los votos particulares, esto es, la insistencia en que el principio de igualdad en lo relativo al reconocimiento de derechos a los extranjeros (digámoslo con claridad, a los inmigrantes) ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, limitada a los derechos que forman parte, que son inherentes a la condición humana. Esa tesis de los tres círculos concéntricos de derechos (los otros dos: los derechos que pueden ser compartidos por los extranjeros con los ciudadanos, según lo determine el legislador en su tarea de configuración legal y los derechos privativos o exclusivos de los ciudadanos) que fue formulada por el propio TC debe ser objeto de un examen detenido. Y en particular, a la luz de dos argumentos: el primero, la tesis de la indivisibilidad de los derechos fundamentales que pone de manifiesto que los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales son inseparables del resto de derechos fundamentales y no pueden considerarse derechos de segundo orden, ni menos aún, como se pretende hoy sin prejuicios, derechos meramente legales, o mejor, expectativas o preferencias de segundo orden. El segundo, a mi juicio aún más relevante, la transformación de las categorías de ciudadanía y extranjería en un mundo crecientemente globalizado e interdependiente y aún más en espacios como el europeo. Las razones de la discriminación justificada en el alcance de configuración legal de derechos de los extranjeros son

La difícil igualdad

cada vez más débiles. Como ejemplo baste un botón: a exigencia de reconocimiento de voto en las elecciones municipales a todos los que están empadronados en el municipio, desde el principio de que la residencia es suficiente pone en entredicho aquellos argumentos. Pero si hablamos del núcleo de derechos fundamentales, como el caso del derecho a la tutela judicial efectiva, las restricciones a la efectividad del principio constitucional de igualdad son cada vez más difíciles de admitir.

En efecto, como expresa acertadamente en mi opinión el voto particular del magistrado Rodríguez-Zapata Pérez, la cuestión es el alcance del principio constitucional de igualdad y por tanto de la prohibición de no discriminación (injustificada) en la regulación de los derechos de los extranjeros.

Como señala el mismo magistrado, que expresamente invoca el carácter superfluo en buena medida de la discusión, ya que en virtud del artículo 13 de la CE, los “derechos inherentes a la condición humana” son garantizados en régimen de igualdad entre ciudadanos y extranjeros y el derecho a la tutela judicial efectiva es uno de ellos. Se trata de una conclusión inevitable, si se tiene en cuenta lo dispuesto en los instrumentos jurídicos internacionales: el artículo 10 de la Declaración Universal de la ONU de 1948, el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 1950, el artículo 14.1 del Pacto de derechos civiles y políticos de 1966. La conexión entre ambos derechos ha sido reiterada por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (SSTEDH de 9 de octubre de 1979), 13 de marzo de 1980, 25 de abril de 1983). Ahora bien, añade, “la exigencia de igualdad no puede ser entendida necesariamente como obligación de identidad” y por eso sostiene que cabe “una regulación legislativa distinta (para ciudadanos y extranjeros) del beneficio de justicia gratuita, siempre que se ajuste a cánones de proporcionalidad y razonabilidad”.

Sin embargo, en mi opinión, aunque el magistrado disidente acierta en el fundamento de su crítica, en términos de técnica jurídica, esto es, al indicar que bastaba la referencia al artículo 13 de la CE, yerra en su propuesta, es decir, en lo relativo a la regulación jurídica diferente del beneficio de justicia gratuita para ciudadanos y para extranjeros. Y yerra en el mismo sentido que revela el cambio del alcance del principio constitucional de igualdad en la Ley 4/2000 y en la Ley 8/2000 (donde pasa a ser un criterio hermeneútico).

En efecto, si se trata de determinar si el legislador ordinario puede establecer a ese respecto regímenes distintos en atención a la nacionalidad, creo que el límite a esa competencia del legislador se encuentra, como señala la mayoría del Tribunal, en el respeto al contenido constitucional indisponible. Este límite, según explicó claramente en su día el fundamento jurídico 3 de la STC 16/1994, supondría en el caso que nos afecta aquí que, una vez que el legislador determina el concepto jurídico “insuficiencia de recursos para litigar”, todos –esto es, todos los seres humanos, toda persona física– los que acrediten encontrarse en esa situación deben poder beneficiarse de la justicia gratuita. Y hablamos de todos, porque esos son los titulares del derecho a la

tutela judicial efectiva: el legislador no puede establecer más discriminación en el acceso a ese instrumento de la tutela judicial efectiva que el de encontrarse en la situación de insuficiencia de recursos. Hacer distinciones dentro de esa categoría –todos los que se encuentren en la situación de insuficiencia de recursos para litigar–, por ejemplo, por razón de nacionalidad o residencia legal, es discriminar injustificadamente: y eso es inconstitucional.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN MATERIA DE NACIONALIDAD Y ESTADO CIVIL (mayo-diciembre 2002)

AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de León

I. Nacionalidad. 1. Atribución de la nacionalidad española. 2. Opción a la nacionalidad española. 3. Adquisición de nacionalidad: naturalización por residencia. 4. Pérdida de la nacionalidad española. 5. Recuperación de la nacionalidad española.

II. Matrimonio: 1. Autorización de matrimonio civil. 2. Certificado de capacidad matrimonial. 3. Matrimonio celebrado en el extranjero. 4. Disolución de matrimonio mediante decisión judicial extranjera.

NACIONALIDAD

1. ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 8 de mayo de 2002.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Declaración de nacionalidad. Es español *iure soli* el nacido en España hijo de ecuatorianos nacidos en Ecuador, cuando éstos están domiciliados en España -cuya estancia no puede estimarse transitoria- y no están al servicio del Ecuador o de un organismo internacional.

(En los mismos términos se pronuncian las siguientes decisiones: Vid. Res. DGRN 13 de mayo, 1ª de 17 de

junio, de 28 de junio, veintiuna 1ª de 10 de septiembre, dos 2ª de 10 de septiembre, 3ª de 10 de septiembre, 4ª de septiembre, cuatro de 14 de septiembre, 1ª de 10 de octubre, 2ª de 10 de octubre, de 21 de octubre, 1ª de 5 de noviembre, 3ª de 7 de noviembre, 6ª de 14 de noviembre, 7ª de 14 de noviembre, 2ª de 27 de noviembre, 2ª de 30 de diciembre y 3ª de 30 de diciembre de 2002.)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2ª de 8 de mayo de 2002.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Declaración de nacionalidad. Es español el nacido en España hijo de peruanos nacidos en Perú. Atribución de la nacionalidad española.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 5^a de 20 de mayo de 2002.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Declaración de nacionalidad. Nacido en territorio español de padre argentino y madre rusa. Ausencia de apatridia originaria por atribución de la nacionalidad de la progenitora. Ausencia de atribución de la nacionalidad española *iure soli*.

(En términos similares, el Centro Directivo se pronuncia con respecto a nacidos en España cuando el Ordenamiento de uno de los progenitores les otorga su nacionalidad. Vid. Res. DGRN 5^a de 10 de septiembre, 1^a de 29 de noviembre y 1^a de 5 de diciembre de 2002.)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1^a de 3 de junio de 2002.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Declaración de la nacionalidad española. Atribución de la nacionalidad española *iure soli*. Es español el nacido en España hijo de argentinos.

(En el mismo sentido: Res. DGRN 1^a de 23 de septiembre y 1^a de 19 de diciembre de 2002.)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1^a de 14 de junio de 2002.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España. Recurso.

Resumen: Declaración con valor de simple presunción de nacionalidad española. Ecuatoriana nacida en 2001 en España. Denegación por el Encargado del Registro Civil por ausencia de conocimiento de la transitoriedad o de la estancia de la progenitora en España. Interposición del recurso fuera de plazo: se supera el plazo de los quince días hábiles a partir de la notificación del auto.

“En materia de expedientes el recurso pendiente ante la Dirección General de los Registros ha de interponerse en el plazo de quince días hábiles a partir de la notificación del auto. Como en este caso la notificación se ha efectuado el día 20 de febrero de 2002 y ha sido correcta como efectuada por el Secretario personalmente a la promotora con indicación del recurso procedente y del plazo para interponerlo, no es posible admitir el recurso presentado fuera de plazo con fecha 8 de mayo de 2002.”

(Vid. similar rechazo del recurso con respecto a la declaración de nacionalidad de una nacida en España de progenitora colombiana: Res. DGRN 4^a de 4 de noviembre de 2002.)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 7^a de 10 de septiembre de 2002.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Declaración con valor de simple presunción de la nacionalidad española. Nacida en España hija no matrimonial de marroquíes. Reconocimiento de la paternidad a los pocos meses del nacimiento retrotrae sus efectos a éste, de modo que el padre es conocido. Ausencia de atribución de la nacionalidad del progenitor. Atribución *iure soli* de la nacionalidad española. Aplicación del artículo 17.1.c) del Cc.

(En el mismo sentido: Res. DGRN 8^a de 16 de septiembre y 1^a de 13 de diciembre de 2002.)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 7^a de 16 de septiembre de 2002.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Inscripción de nacimiento fuera de plazo. Nacida en España de progenitores chinos. Determinación de la nacionalidad de la nacida en España. Atribución *iure sanguinis* de la nacionalidad china. Régimen de apellidos. Le corres-

Resoluciones de la DGRN

ponde un solo apellido conforme a la legislación china.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2ª de 16 de octubre de 2002.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Declaración con valor de simple presunción. Atribución de la nacionalidad española por nacimiento en España. Atribución *iure soli*. Nacido en territorio español de progenitores colombianos.

(En el mismo sentido: Res. DGRN 4ª de 7 de noviembre y 5ª de 7 de noviembre de 2002). No se atribuye por falta de acreditación e interposición fuera de plazo: Res. DGRN 4ª de 4 de noviembre de 2002.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 4ª de 11 de noviembre de 2002.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: Declaración de nacionalidad. Nacido en Ceuta (1959) de padres extranjeros también nacidos en España y domiciliados en territorio español en el momento del nacimiento del hijo. Atribución *iure soli* de la nacionalidad española.

* * *

NOTA: En este período abril-diciembre 2002, la DGRN ha dictado, al menos de las que conocemos por su publicación en el *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, sesenta y cuatro resoluciones sobre atribución de la nacionalidad, en las que se mantiene la misma postura que en la crónica del nº anterior (Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: "La doctrina de la DGRN en materia de nacionalidad y estado civil (enero-abril 2002)", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. Derecho de las personas en movimiento transnacional*, vol. I, 2002-1, pp. 203-208) y resuelve sobre casos similares: atribución de nacionalidad española por nacimiento en territorio español. No se pronuncia sobre ningún caso relativo a la atribución *iure sanguinis*, aunque al dictaminar sobre un asunto en materia de recuperación alude a

un tema trascendental como es la fecha en que se debe considerar atribuida la nacionalidad, afirmando que la misma se retrotrae al momento de la concepción (*Res. DGRN 1ª de 26 de diciembre de 2002*; Vid. E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ: "Adquisición de la nacionalidad española determinada por el momento de la concepción", *BIMJ*, nº 1906, 2001, pp. 3799-3808).

La crónica trata sólo casos de atribución de la nacionalidad española en aplicación del artículo 17.1.b) y c) del Cc, es decir referido a los nacidos en España. Con relación al artículo 17.1.b) del Cc, el Centro Directivo sólo se refiere en un supuesto (*Res. DGRN 4ª de 11 de noviembre de 2002*); en cambio, la letra c) de ese mismo precepto es utilizado para declarar españoles a los nacidos en España de progenitores argentinos, colombianos, ecuatorianos, marroquíes casados cuyo matrimonio no es reconocido en Marruecos y peruanos.

Como acabamos de señalar se examina un único supuesto de atribución por doble nacimiento en España, es decir en aplicación del artículo 17.3 del Cc, redacción dada por la Ley de 15 de julio de 1954 –actual artículo 17.1.b) del Cc–, se trata de la *Res. DGRN 4ª de 11 de noviembre de 2002*. En este caso se afirma que es español el nacido en Ceuta de padres extranjeros nacidos en España y domiciliados en España al tiempo del nacimiento de su hijo.

El papel protagonista de esta anotación lo representa el colectivo de los nacidos en España de progenitores ecuatorianos, ya que se ha analizado el tema de la eventual atribución de la nacionalidad española en cuarenta y una decisiones (*Res. DGRN 1ª de 8 mayo, de 13 de mayo, 1ª de 14 de junio, 1ª de 17 de junio, de 28 de junio, veintiuna de 1ª de 10 de septiembre, dos 2ª de 10 de septiembre, 3ª de 10 de septiembre, 4ª de 10 de septiembre, cuatro de 14 de septiembre, 1ª de 10 de octubre, 2ª de 10 de octubre, 2ª de 21 de octubre, 1ª de 5 de noviembre, 3ª de 7 de noviembre, 6ª de 14 de noviembre, 7ª de 14 de noviembre, 2ª de 27 de noviembre, 2ª de 30 de diciembre y 3ª de 30 de diciembre de 2002*).

Ciertamente, salvo por el número de casos, podemos llegar a pensar que nos encontramos con un tema ya analizado en la misma crónica que hacíamos en el nº anterior. Ahora bien, ésta difiere y por este motivo destacamos la *Res. DGRN 1ª de 14 de junio de 2002*. En esta decisión se analiza un caso de caducidad de un expediente que nos permite insistir sobre un tema que suele olvidarse: los plazos también existen en el Registro Civil (vid. F. LUCES GIL: *Derecho del Registro Civil. Comentarios, Legislación, Resoluciones RDGRN y Modelos*, 5ª ed., actualizada, Barcelona, Bosch, 2002; E. RODRÍGUEZ GAYÁN: *Derecho registral civil internacional*, Madrid, Eurolex, 1995; VVAA: *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, 2003).

Los plazos, obviamente, deben ser respetados. El supuesto examinado en la última decisión mencionada aborda un expediente de declaración con valor de simple presunción de la nacionalidad española con relación a la nacida en España en julio de 2001 hija de una ecuatoriana. El consulado de Ecuador acreditado en Madrid informaba que el artículo 7 de su Constitución extendía la atribución tácita de la nacionalidad ecuatoriana a los hijos de padres ecuatorianos residentes temporalmente en el exterior; por lo que, la Juez Encargada del Registro Civil dictó auto denegando lo solicitado. Ello debido a que consideraba que la menor ostentaba la nacionalidad ecuatoriana desde su nacimiento por aplicación del *ius sanguinis* no siéndole de aplicación el artículo 17.1.c) del Cc. Dicha decisión se recurrió ante la DGRN alegando que sólo adquirirían automáticamente la nacionalidad ecuatoriana los hijos de ecuatorianos que estuviesen al servicio de Ecuador o de un organismo internacional o transitoriamente ausentes del país por cualquier causa. La progenitora argumentó que llevaba residiendo en España desde junio de 1999, trabajando en el servicio doméstico, empadronada y en proceso de adquirir la residencia legal en España y por tanto, con intención de formar una familia y residir con carácter permanente en España. Ahora bien, el recurso fue rechazado por

haber sido interpuesto fuera de plazo. Es decir, la decisión comentada no supone un cambio o modificación en el criterio seguido por el Centro Directivo; se trata únicamente de poner de manifiesto el desconocimiento que se tiene de los plazos en los expedientes que se tramitan ante el Registro Civil. En todo caso, debemos señalar que si son alegados hechos nuevos –acreditación que la progenitora se encuentra en España de forma estable– será posible la reapertura del caso y, probablemente, se decidirá a favor de la atribución de la nacionalidad española. Igualmente, el Centro Directivo se pronuncia en contra de la admisión de un recurso interpuesto por haberse presentado pasados los quince días hábiles desde la notificación del auto denegando la declaración con valor de simple presunción de la nacionalidad española para un nacido en España de progenitores colombianos (Vid. *Res. DGRN 4ª de 4 de noviembre de 2002*). En todo caso, choca la decisión recurrida con la postura mantenida normalmente con relación a la atribución de la nacionalidad española para todos los nacidos en España de progenitores colombianos (*Res. DGRN 2ª de 16 de octubre, 4ª y 5ª de 7 de noviembre 2002*).

Por otra parte, en estos ocho meses el Centro Directivo también se pronuncia sobre la nacionalidad española de los nacidos en España hijos de: argentinos (*Res. DGRN 1ª de 3 de junio, 1ª de 23 de septiembre y 1ª de 19 de diciembre 2002*), de marroquíes casados pero no reconocido el matrimonio por el ordenamiento marroquí (*Res. DGRN 7ª de 10 de septiembre, 8ª de 16 de septiembre, 1ª de 13 de diciembre 2002*), y de peruanos (*Res. DGRN 2ª de 8 de mayo de 2002*).

En cambio, aunque hayan nacido en España no son españoles: el hijo de argentino y madre rusa porque se le otorga la nacionalidad de la progenitora (*Res. DGRN 5ª de 20 de mayo de 2002*), el hijo de progenitor colombiano y madre rusa (*Res. DGRN 1ª de 5 de diciembre de 2002*), el hijo de progenitor polaco y madre brasileña (*Res. DGRN 1ª de 29 de noviembre de 2002*), el hijo de un nacional de Sierra Leona y madre marroquí porque se le atribuye la

Resoluciones de la DGRN

nacionalidad de su progenitor (*Res. DGRN 5ª de 10 de septiembre de 2002*) y tampoco a los hijos de progenitores chinos (*Res. DGRN 7ª de 16 de septiembre de 2002*). Con relación a estos últimos el Centro Directivo durante un tiempo entendió lo contrario (vid. *Res. DGRN de 30 de diciembre de 1992*; anotada por A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *REDI*, vol. XLV, 1993-2, pp. 417-420); y, posteriormente, ha sido necesario proceder a una rectificación de las anotaciones de nacionalidad por haberse acreditado que no se producía una apatridia originaria, y por tanto, no era posible la aplicación del artículo 17.1.c) del Cc.

2. OPCIÓN A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3ª de 14 de mayo de 2002.

Voz: Nacionalidad. Opción.

Resumen: Inscripción de nacimiento y opción a la nacionalidad española. Nacimiento acaecido en República Dominicana (1989). Progenitora que adquirió la nacionalidad española por residencia (1998). No es inscribible la certificación dominicana de nacimiento por ausencia de acreditación de la filiación materna. Imposibilidad de admitir la opción.

(*Vid. en idénticos términos: Res. DGRN 2ª de 17 de mayo, 1ª de 25 de mayo, 2ª de 20 de junio, 3ª de 20 de junio, 2ª de 25 de junio, 2ª de 26 de junio, 3ª de 7 de septiembre, 4ª de 7 de septiembre, 8ª de 7 de septiembre, 5ª de 20 de septiembre y 1ª de 2 de diciembre, 2ª de 19 de diciembre de 2002.*)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 6ª de 18 de mayo de 2002.

Voz: Nacionalidad. Opción.

Resumen: No nació español el nacido en Argentina en julio de 1978, hijo de argentino y española. No cabe la declara-

ción de opción por haber transcurrido el plazo de caducidad. Determinación de la capacidad según la ley argentina. La mayoría de edad se alcanza a los 21 años.

“El interesado ha nacido en Argentina el 26 de julio de 1978, hijo de padre argentino y de madre española. Es evidente que no tenía al nacer la nacionalidad española de la madre, pues le correspondía, según la legislación vigente en aquel momento, seguir la nacionalidad argentina del padre (cfr. artículo 17.2.ª del Cc, redacción de 1954). No puede, pues, inscribir su nacimiento como español en el Registro Civil, ni recuperar una nacionalidad española que nunca ha ostentado. No importa que normas posteriores hayan seguido otro criterio en orden a la atribución de la nacionalidad española por filiación materna, pues ninguna de ellas está dotada de la eficacia retroactiva máxima de atribuir automáticamente la nacionalidad española a quienes no eran españoles cuando nacieron.

Por lo demás, el interesado pudo optar a la nacionalidad española por haber estado sujeto a la patria potestad de una española (cfr. artículo 20 del Cc) pero esta posibilidad caducó a los dos años de alcanzar la mayoría de edad, es decir, el 26 de julio de 2001.”

(*En el mismo sentido: Res. DGRN 4ª de 6 de junio, 5ª de 6 de junio, 6ª de 6 de junio, de 28 de septiembre, 1ª de 16 de octubre, 2ª de 24 de octubre, 2ª de 29 de noviembre de 2002.*)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 4ª de 20 de mayo de 2002.

Voz: Nacionalidad. Opción.

Resumen: Inscripción de nacimiento y opción a la nacionalidad española. Nacimiento acaecido en Guinea Ecuatorial (1984, 1990). Progenitora que adquirió la nacionalidad española por residencia (2001). No es inscribible la certificación guineana de nacimiento por ausencia de acreditación de la filiación materna. Imposibilidad de admitir la opción.

Aurelia Álvarez Rodríguez

(En el mismo sentido: Res. DGRN 2ª de 17 de junio, 4ª de 13 de septiembre, 3ª de 21 de octubre, de 25 de noviembre, 5ª de 2 de diciembre de 2002.)

Con los mismos argumentos con respecto: a hijos de nigeriano que ha adquirido la nacionalidad española (Res. DGRN 4ª de 27 de noviembre de 2002) y a hijo de pakistani que se ha convertido en español (Res. DGRN 4ª de 9 de diciembre de 2002).

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 9ª de 7 de septiembre de 2002.

Voz: Nacionalidad. Opción.

Resumen: Opción por la nacionalidad española. Nacida en Venezuela (1982) de progenitor que recuperó la nacionalidad española (1995). Sujeción a la patria potestad de un español. Opción: requisitos temporales. Validez de la opción realizada antes de los 20 años de edad.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2ª de 2 de diciembre de 2002.

Voz: Nacionalidad. Opción.

Resumen: Opción por la nacionalidad española. Nacido en Uruguay (1982) de progenitor uruguayo nacido en Uruguay que adquirió la nacionalidad española (2001). El interesado no ha estado bajo la patria potestad de un español. Declaración de opción improcedente. Eventual posibilidad de inscribir su nacimiento por afectar al hijo de un español.

(Vid. Res. DGRN 1ª de 18 de septiembre y 2ª de 13 de diciembre de 2002.)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3ª de 2 de diciembre de 2002.

Voz: Nacionalidad. Opción.

Resumen: Inscripción de nacimiento y opción por la nacionalidad española. Nacimiento acaecido en República Dominicana (1987). Progenitor que adquirió la nacionalidad española por residencia (1999). Es inscribible pues no existen dudas sobre la filiación paterna. Procede la opción y la inscripción del nacimiento.

(Vid. Res. DGRN 5ª de 2 de diciembre de 2002.)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 4ª de 2 de diciembre de 2002.

Voz: Nacionalidad. Opción.

Resumen: Opción por la nacionalidad española. Nacimiento acaecido en Venezuela (1985). Progenitora que adquirió la nacionalidad española por residencia (1999). Declaración hecha por la menor de edad mayor de catorce años asistida por su madre y única representante legal de la menor. Procede la opción y la inscripción del nacimiento.

* * *

NOTA: De las cuarenta y dos resoluciones, en las que se aborda la declaración opción, prácticamente en todas se deniega la petición por ausencia en el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 20 del Cc. Realmente, tan sólo en cuatro se resuelve en favor de lo solicitado (*Res. DGRN 9ª de 7 de septiembre, 3ª de 2 de diciembre, 4ª de 2 de diciembre, 5ª de 2 de diciembre de 2002*).

El artículo 20 del Cc, al determinar quiénes son sus destinatarios, establece que debe tratarse de extranjeros que hayan estado o estén bajo la patria potestad de un español (Vid. A. MARÍN LÓPEZ: "La adquisición de nacionalidad española por opción en la reciente doctrina registral", *BIMJ*, nº 1925, 2002, pp. 2859-2882). Entre las causas de inadmisión de la declaración de opción podemos señalar al menos tres que examinaremos a continuación.

Resoluciones de la DGRN

En primer lugar no se admite la solicitud porque el interesado no logra acreditar la sujeción a la patria potestad de un español. Esta razón es la argumentada en varias decisiones: (*Res. DGRN 2ª de 2 de diciembre y 2ª de 13 de diciembre de 2002*). En la primera decisión, el progenitor uruguayo adquirió la nacionalidad cuando el hijo era mayor de edad; y, en la segunda el progenitor nunca fue español aunque nació en España.

Otra de las razones por las que se deniega la opción es el incumplimiento del requisito temporal; se alega para denegar también varios supuestos, en unos porque el recurrente hizo su declaración de opción después del cumplimiento de los veinte años (*Res. DGRN 4ª de 6 de junio y 6ª de 6 de junio, 8ª de 10 de septiembre, de 28 de septiembre, 1ª de 16 de octubre, 2ª de 24 de octubre, 2ª de 29 de noviembre de 2002*) o una vez transcurridos los dos años desde el cumplimiento de la mayoría de edad (*Vid. Res. DGRN 6ª de 18 de mayo de 2002*). En este expediente se afirma que la mayoría de edad en la República Argentina se alcanza a los veintiún años, pero en todo caso el interesado realizó su petición una vez caducado su derecho.

En tercer lugar, los otros supuestos de rechazo de la declaración de opción se deben fundamentalmente a que no existen garantías de que se trate verdaderamente del hijo o hija del extranjero que acaba de devenir español. Son muchos los casos de hijos de nacionales de la República Dominicana (*Vid. Res. DGRN de 3ª de 14 mayo, 2ª de 17 de mayo, 1ª y 3ª de 20 de junio, 2ª de 25 de junio y 2ª de 26 de junio, 3ª de 7 de septiembre, 4ª de 7 de septiembre, 8ª de 7 de septiembre, 5ª de 20 de septiembre, 1ª de 2 de diciembre, y 2ª de 19 de diciembre 2002*), de Guinea Ecuatorial (*Vid. Res. DGRN 4ª de 20 de mayo, 2ª de 17 de junio, 4ª de 13 de septiembre, 3ª de 21 de octubre, de 25 de noviembre, 5ª de 2 de diciembre 2002*), de Nigeria (*Vid. Res. DGRN 1ª de 27 de noviembre 2002*) o de Pakistán (*Res. DGRN 4ª de 9 de diciembre de 2002*) que han adquirido la nacionalidad española sin hacer constar en su expediente la existencia de hijos menores, y, posteriormente, se solicita la

nacionalidad para éstos. En muchos supuestos no existe claridad del vínculo paterno-filial alegado, ya que las certificaciones extranjeras presentadas carecen de las suficientes garantías. De todas formas, han sido aceptados al menos dos recursos (*Vid. Res. DGRN 3ª y 5ª de 2 de diciembre de 2002*).

Por último, se debe dar cierta importancia a la *Res. DGRN 4ª de 2 de diciembre de 2002* porque es la única de esta anotación que analiza la solicitud hecha por la recurrente asistida de su representante legal. La importancia se tiene desde la perspectiva de la determinación de la ley aplicable a la representación, que debe ser aplicada la ley personal de la interesada. El Centro Directivo señala que la menor de catorce se encuentra asistida por su madre y única representante legal de la menor.

3. ADQUISICIÓN DE NACIONALIDAD: NATURALIZACIÓN POR RESIDENCIA

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 30 de mayo de 2002.

Voz: Nacionalidad. Adquisición por residencia. Tramitación. *Resumen:* Caducidad de expediente. Solicitud de nacionalidad española por residencia. Venezolana casada con español. Tramitación del expediente y remisión a la DGRN. Devolución del Centro Directivo por ausencia de Informe preceptivo del artículo 222 del RRC dado que la interesada se encontraba en el extranjero. La estancia en el extranjero había sido comunicada a la Policía. No procede la declaración de caducidad del expediente aunque hayan transcurrido tres meses (artículo 354 del RRC).

(*Vid. Res. DGRN 3ª de 14 de junio, 5ª de 4 de noviembre y 16 de diciembre de 2002.*)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2ª de 14 de junio de 2002.

Voz: Nacionalidad. Adquisición de nacionalidad por residencia.

Resumen: Caducidad de expediente. Adquisición de nacionalidad española. Ecuatoriana que solicita la nacionalidad por residencia. Ausencia del informe previsto en el artículo 222 del RRC por residencia de la solicitante fuera de España. Paralización por más de tres meses. No se ha acreditado causa justificativa. Expediente caducado.

(Vid. *Res. DGRN 2ª y 3ª de 16 de septiembre, 5ª de 4 de noviembre de 2002.*)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3ª de 29 de noviembre de 2002.

Voz: Nacionalidad. Adquisición de nacionalidad por residencia.

Resumen: Adquisición de nacionalidad española por residencia. Menor de catorce años: exigencia de autorización. Necesidad de que la autorización la obtengan los padres titulares de la patria potestad y no la persona que tiene al menor en acogimiento.

* * *

NOTA: En materia de naturalización por residencia la casi totalidad de los casos revisados por la DGRN hacen referencia a la eventual caducidad de los expedientes, en general suelen revisar cuestiones meramente procedimentales. Las revisiones de las cuestiones sustantivas, la concesión o denegación de la nacionalidad no le corresponden decidir al Centro Directivo, pues es el órgano decisorio por delegación del Ministro de Justicia; la competencia para conocer los eventuales recursos en esta materia le corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; y sus decisiones pueden ser recurridas ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS. Entre las sentencias dictadas sobre naturalización por residencia en el último año podemos destacar las siguientes: [Vid. *SAN (Sala*

*de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª) de 25 de febrero, de 9 de abril, de 11 de abril, de 11 de julio, tres de 29 de octubre, de 4 de noviembre, de 12 de noviembre, dos de 19 y de 26 de noviembre, de 3 diciembre, dos de 5 de diciembre, de 10 de diciembre, de 17 de diciembre y de 23 de diciembre de 2002]. Y, por su parte, también son varios los fallos dictados por este Alto Tribunal [Vid. *TS (Sala 3ª. Sección 6ª) de 12 de marzo, de 1 de julio, de 15 de julio, de 5 de octubre, de 12 de noviembre de 2002, de 17 de febrero y de 28 de febrero de 2003].**

Aclarado que en este apartado únicamente se incluye el examen de las cuestiones procedimentales en relación a la naturalización por residencia, debemos señalar que hay un caso en el que se analiza quién debe solicitar la autorización para adquirir la nacionalidad de un extranjero menor de 14 años. Se trata de la *Res. DGRN 3ª de 29 de noviembre de 2002* en la que se afirma que dicha autorización la deben solicitar y obtener los padres titulares de la patria potestad y no la persona que tiene al menor en acogimiento.

En el caso abordado en la *Res. DGRN 3ª de 16 de septiembre de 2002* se analiza la caducidad de la concesión porque el interesado no ha comparecido en el plazo de ciento ochenta días desde la notificación formal de la misma, previsto en los artículos 21.4 del Cc y 224 del RRC. La resolución había sido notificada por cédula entregada a un hermano. El Centro Directivo se decanta que dicha notificación produjo todos los efectos incluido el de la caducidad de la concesión de la nacionalidad española concedida.

Los demás supuestos se pronuncian en torno a si se debe declarar caducado el expediente, por la paralización del mismo por causas imputables al solicitante una vez transcurrido el plazo de tres meses, previsto en el artículo 354.2 del RRC; o, por el contrario, debe ser reabierto porque la paralización no ha sido notificada o existen motivos debidamente justificados para esta situación. Siguiendo la pauta mantenida con anterioridad el Centro Directivo

Resoluciones de la DGRN

declara caducados los expedientes que habiendo sido notificados previamente al interesado éste no comparece en el plazo mencionado o no acredita razones justificando su no comparencia (*Res. DGRN de 2ª de 14 de junio, 2ª de 16 de septiembre de 2002*). En cambio, cuando no se ha notificado previamente al interesado (*Res. DGRN 5ª de 4 de noviembre de 2002*) o habiendo sido notificado y habiendo transcurrido los tres meses, se persona y justifica adecuadamente las razones que han causado dicha situación. Se han admitido motivos como traslado al extranjero comunicada a la Policía (*Res. DGRN 1ª de 30 de mayo de 2002*) o residencia fuera de España por motivos quirúrgicos (*Res. DGRN 3ª de 14 de junio de 2002*) como suficientes para reactivar el expediente y obviar su caducidad.

4. PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 26 de junio de 2002.

Voz: Nacionalidad. Pérdida y recuperación.

Resumen: Pérdida de la nacionalidad española. Nacido en España (1972) de progenitor mexicano y madre española nacida en España. Atribución *iure soli* de la nacionalidad española. Adquisición de la nacionalidad estadounidense (1997). Eventual pérdida: requisitos. Adquisición de la nacionalidad extranjera voluntariamente, emancipación y residencia en el extranjero. Eventual recuperación.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 1 de julio de 2002.

Voz: Nacionalidad. Pérdida. Recuperación.

Resumen: Pérdida de la nacionalidad española. Español nacido en Cuba (1939). Pérdida de la nacionalidad española por asentimiento voluntario (1977). Hijo nacido en Cuba (1966). Pérdida de la nacionalidad española por unidad jurí-

dica de la familia (1977). Recuperación: requisitos. Necesidad de residencia legal por tratarse de nieto de emigrantes.

“Se ha intentado por estas actuaciones inscribir como español de nacimiento de un varón, acaecido en Cuba en 1966, quien alega que su padre, también nacido en Cuba en 1939, mantenía la nacionalidad española cuando nació el hijo.

No hay duda de que el padre del interesado tenía al nacer la nacionalidad española *iure sanguinis* y la cubana *iure soli*, pero el problema se encuentra en determinar si incurrió después y en qué momento en causa de pérdida de la nacionalidad española. De acuerdo con las normas vigentes en aquella época se perdía la nacionalidad española por asentimiento voluntario a la nacionalidad extranjera atribuida *iure soli* una vez que el interesado llegara a la mayoría de edad, residiera en el extranjero durante más de tres años y estuviera libre del servicio militar español (cfr. artículo 22 del Cc., redacciones de 1954 y de 1975). Por esto, estando suficientemente acreditado que el padre del interesado no cumplió en filas el servicio militar cubano, ni tampoco sus obligaciones militares como varón español, resulta que perdió la nacionalidad española por ese asentimiento voluntario a la nacionalidad cubana cuando, por razón de edad, quedó libre del servicio militar español, es decir el 1 de enero de 1977, año en que cumplió los 38 de edad (cfr. artículo 16 de la Ley General del Servicio Militar de 1968 y 31 de su Reglamento de 1969).

En esta fecha de 1 de enero de 1977, el interesado era menor de edad y estaba sujeto a la patria potestad de su padre. Por lo tanto perdió en la misma fecha su nacionalidad española por dependencia familiar (cfr. artículo 23.3.º del Cc, redacción de 1975) al corresponderle seguir la nacionalidad cubana de su padre, que ya tenía atribuida *iure soli*...”.

...En definitiva, el interesado nació español, pero perdió esta nacionalidad por dependencia familiar en 1977 y su inscripción como español en el Registro Civil requiere inexcusablemente la recuperación de

la nacionalidad española. Al tratarse de un nieto de emigrante, la recuperación requiere que sea residente legal en España o la dispensa de este requisito por el Sr. Ministro de Justicia si concurren circunstancias excepcionales (cfr. artículo 26 del Cc).”

(Vid. Res. DGRN 3ª de 3 de junio, 2ª de 7 de septiembre, 2ª de 18 de septiembre, 4ª de 14 de octubre de 2002.)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2ª de 1 de julio de 2002.

Voz: Nacionalidad. Pérdida.

Resumen: Pérdida de la nacionalidad española. Español nacido en República Argentina (1927). Pérdida de la nacionalidad española por asentimiento voluntario al llegar a la mayoría de edad. Nacido en República Argentina (1959) de progenitor de origen español y madre española. Pérdida de la nacionalidad española del progenitor antes del nacimiento del hijo. No es posible la recuperación. Imposibilidad de optar por la nacionalidad española.

(Vid. Res. DGRN 1ª de 3 de julio, 4ª de 9 de julio, 1ª de 18 de septiembre, 2ª de 23 de septiembre, 4ª de 23 de octubre, 2ª de 5 de noviembre, y 3ª de 16 de noviembre de 2002.)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 5ª de 7 de septiembre de 2002.

Voz: Nacionalidad. Pérdida.

Resumen: Pérdida de la nacionalidad española. Extranjera (tailandesa) casada con español (1965). Imposición de la nacionalidad española. Eventual pérdida. Ausencia de pérdida por mantenimiento de modo continuado de la documentación española.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 16 de noviembre de 2002.

Voz: Nacionalidad. Pérdida.

Resumen: Pérdida de la nacionalidad española: requisitos. Se exige la residencia en el extranjero para que la renuncia produzca la pérdida. La declaración de renuncia debe ser realizada ante el Encargado del Registro Consular correspondiente al lugar de nacimiento o de residencia.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 5ª de 4 de diciembre de 2002.

Voz: Nacionalidad. Pérdida.

Resumen: Pérdida de la nacionalidad española del interesado. Nacido en 1957 de progenitores españoles. Adquisición de la nacionalidad estadounidense (1977). Requisitos para la pérdida: ausencia de sujeción al servicio militar. Imposibilidad de la pérdida. Declaración de recuperación de la nacionalidad española (2000). Denegación de la inscripción del matrimonio.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 9 de diciembre de 2002.

Voz: Nacionalidad. Pérdida.

Resumen: Inscripción de nacimientos. Nacidos en República Argentina (1973, 1975 y 1979). Hijos de progenitor español nacido en República Argentina (1945). Eventual pérdida: requisitos. No sujeción al servicio militar. Pérdida de la nacionalidad española (1983). Entrada en vigor de la CE: destrucción del asentimiento voluntario. Necesidad de renuncia para la pérdida. Los hijos nacieron españoles y continúan con la nacionalidad española. Procedencia de la inscripción.

* * *

NOTA: De las veinte decisiones publicadas sobre pérdida de la nacionalidad podemos ver que salvo en cinco en las que se aplican las causas de pérdida previstas en la legislación inmediatamente anterior,

Resoluciones de la DGRN

es decir artículo 24 del Cc, en la redacción dada por la Ley 18/1990, el resto de los casos se basan en causas inexistentes actualmente, pero que estaban vigentes en el momento que surge el supuesto. En concreto, los supuestos de pérdida que se analizan en esta crónica son los siguientes: pérdida por adquisición voluntaria de otra nacionalidad (*Res. DGRN. 4ª de 23 de septiembre de 2002*), por asentimiento voluntario (*Res. DGRN 3ª de 3 de junio, 1ª de 1 julio, 2ª de 1 de julio, 1ª de 3 de julio, 2ª de 7 de septiembre, 2ª de 18 de septiembre, 2ª y 4ª de 23 de septiembre, 4ª de 14 de octubre, 2ª de 5 de noviembre, 3ª de 16 de noviembre 2002*), por unidad jurídica de la familia (*Res. DGRN 1ª de 1 de julio, 2ª de 7 de julio, 2ª de 7 de septiembre de 2002*), por adquisición voluntaria de nacionalidad extranjera, en aplicación del artículo 24.1 del Cc, redacción dada por la Ley 18/1990 (*Res. DGRN 1ª de 26 de junio de 2002*).

Así, podemos mencionar que, en la *Res. DGRN 1ª de 26 de junio de 2002*, en contra de los intereses del recurrente que adquirió la nacionalidad norteamericana en 1997 siendo mayor de edad y residiendo durante los tres años posteriores a la adquisición en el extranjero, el Centro Directivo entiende que se ha producido la pérdida. Si este caso se hubiese producido actualmente con toda seguridad no se habría provocado la pérdida ya que el recurrente quería mantener la nacionalidad española. Hoy, tras la entrada en vigor de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, es posible el mantenimiento de la nacionalidad española aunque se adquiera otra (*Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: "Nacionalidad española para emigrantes", Carta de España, nº 580, febrero 2003, pp. 6-11; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: "Nacionalidad", Aranzadi Civil, nº 21, 2003*). De todas formas, el interesado es emigrante por haber nacido en España de madre también nacida en España por lo que puede solicitar la recuperación desde el día 8 de enero de 2003, fecha en que entró en vigor el nuevo artículo 26 del Cc, redactado de conformidad Ley 36/2002, sin necesidad de residir legalmente en España y tampoco necesita renunciar a su nacionalidad anterior (*Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: "Principios inspirado-*

res y objetivos de la nueva reforma del Derecho español de la nacionalidad: las principales novedades de la Ley 36/2002, de 8 de octubre", Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, nº 1, noviembre 2002-1, pp. 47-86; A. LARA AGUADO: "Nacionalidad e integración social (A propósito de la Ley 36/2002, de 8 de octubre", La Ley, nº 5694, 10 de enero de 2003, pp. 1-11; E. SAGARRA TRÍAS: "Modificación de la nacionalidad española en el Código Civil (L. 36/2002, de 8 de octubre)". Por tanto, el recurrente podrá lograr el resultado querido, gozar de dos nacionalidades, es decir recobrar la española sin que ello conlleve la pérdida de la norteamericana.

Entre los casos analizados, en los que el resultado dado por el Centro Directivo afirmando que no se ha producido la pérdida de la nacionalidad española, podemos destacar: la *Res. DGRN 5ª de 7 de septiembre de 2002* en la que una tailandesa casada con un español en 1965 continúa con la nacionalidad española obtenida por matrimonio debido a la utilización de la documentación española sin haber renunciado expresamente. Tampoco se produce la pérdida en el caso examinado por la *Res. DGRN 1ª de 16 de noviembre 2002* pues la renuncia no es válida al residir la solicitante en España. Por otro lado, la *Res. DGRN 1ª de 9 de diciembre de 2002* también es significativa; pues, se trata del caso de hijos de progenitor español nacidos en República Argentina en la que se logra demostrar la atribución de la nacionalidad española *iure sanguinis* y su mantenimiento hasta la entrada en vigor de la CE. Con posterioridad, dado el tenor literal del artículo 11.3 de la CE no es posible que hayan perdido la nacionalidad por asentimiento voluntario ya que la nacionalidad ostentada se corresponde con la nacionalidad de un país iberoamericano.

Más llamativa nos resulta la *Res. DGRN 5ª de 4 de diciembre de 2002* que, aunque no se plantea con relación a la determinación de la nacionalidad, se analiza con relación a la solicitud de inscripción de matrimonio celebrado en el extranjero. Nos encontramos con el típico caso que cada día abunda más

de un/a español/a que contrae matrimonio y se divorcia en el extranjero contrayendo, más tarde, nuevas nupcias. Al pretender inscribir su segundo matrimonio el español se encuentra con una denegación sobre la base de que es imposible proceder a lo solicitado en tanto en cuanto no se halle reconocida la decisión extranjera en España mediante la cual se ha disuelto su primer matrimonio. Desde luego, es preciso el reconocimiento de la sentencia extranjera por tratarse de la capacidad de un español. Aquí, se plantea si el interesado es o no es español. El Centro Directivo se preocupa acerca de la pérdida del recurrente. El solicitante era hijo de españoles nacido en 1957. En 1977 adquirió la nacionalidad estadounidense pero no había cumplido el servicio militar español. Se puede decir que no perdió la nacionalidad española en esa fecha, pero sí posteriormente, una vez cumplidos los requisitos legalmente previstos, hecho que sucede en 1995. En este supuesto no se tiene en cuenta el artículo 11.3 de la CE pues no se trata de un país iberoamericano. Ahora bien, provocada la pérdida, el interesado no es español ni el matrimonio se celebró en España por lo que no se podría inscribir el registro civil español. No obstante, se pone de manifiesto que el recurrente recuperó la nacionalidad española posteriormente; y, por ese motivo, la DGRN se pronuncia sobre la exigencia del reconocimiento previo de la sentencia extranjera para poder inscribir el segundo matrimonio.

El resto de la crónica pone de manifiesto que se ha producido la pérdida de la nacionalidad española. Los casos se suscitan normalmente porque se solicita la inscripción de nacimiento fuera de plazo o la recuperación de la nacionalidad por parte de hijos de progenitores de origen español. En los expedientes se demuestra que el progenitor perdió la nacionalidad antes del nacimiento de hijo (*Res. DGRN 2ª de 1 de julio, 1ª de 3 de julio, 4ª de 9 de julio, 1ª de 18 de septiembre, 2ª de 23 de septiembre, 4ª de 23 de octubre, 2ª de 5 de noviembre, y 3ª de 16 de noviembre de 2002*) y en otros supuestos después del nacimiento del recurrente (*Res. DGRN 3ª de 3 de junio, 1ª de 1 de*

julio, 2ª de 7 de septiembre, 2ª de 18 de septiembre, 4ª de 14 de octubre de 2002).

Si la pérdida se produjo antes del nacimiento del hijo debemos pensar que su hijo en el mejor de los casos podrá optar hasta los veinte años o durante los dos años posteriores al cumplimiento de la mayoría de edad según su ley personal por la nacionalidad española si es menor de edad y en algún momento estuvo sujeto a la patria potestad de un español [artículo 20.1.a) del Cc] o si uno de sus progenitores nació en España también podrá pedir la nacionalidad española recurriendo a la opción establecida en el artículo 20.1.b) del Cc.

Si se consigue demostrar que el progenitor continuaba con la nacionalidad española en el momento del nacimiento o de la concepción del hijo, éste habrá sido español y se procede a la recuperación de la nacionalidad. Dependiendo de su condición de emigrante o hijo de emigrante podrá recobrar la nacionalidad sin necesidad de vivir en España (*Vid. Res. DGRN 1ª de 26 de junio, 4ª de 23 de septiembre de 2002*); y, en cambio, si se trata ya de un nieto deberá residir legalmente en nuestro país o solicitar la dispensa de dicho requisito (*Vid. Res. DGRN 3ª de 3 de junio, 1ª de julio, 2ª de 7 de septiembre, 2ª de 18 de septiembre, 4ª de 14 de octubre de 2002*).

5. RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2ª de 3 de junio de 2002.

Voz: Nacionalidad. Recuperación de la nacionalidad.

Resumen: Los emigrantes y los hijos de emigrantes están dispensados *ex lege* para recuperar la nacionalidad española del requisito de ser residentes legales en España (cfr. artículo 26 del Cc), discutiéndose en este caso, en el que se trata de una persona nacida en Tetuán en 1942 de

Resoluciones de la DGRN

padre nacido en Melilla, si se da en el declarante la condición de hijo de emigrante.

“De acuerdo con doctrina reiterada de este Centro Directivo la prueba de que una persona es hija de emigrante se impone por sí misma con evidencia, ya que el padre ha nacido en España y ha trasladado su domicilio al extranjero, donde ha nacido el hijo, sin que haya razón alguna para investigar cuáles son los motivos que hayan llevado a esta emigración y sin que influya para negar esa condición la profesión de militar del padre. Esta interpretación gramatical y amplia del concepto de emigración es la que siguió en sus respectivos momentos la Circular de 16 de mayo de 1983 (para la reforma del Código de 1982) y la Instrucción de 20 de marzo de 1991 (respecto de la modificación del Código de 1990), y no hay base ninguna para entender que esta interpretación deba variar en cuanto al actual artículo 26 del Código Civil, reformado por la Ley 29/1995, de 2 de noviembre.”

(Vid. *Res. DGRN 6ª de 7 de septiembre, 4ª de 21 de octubre de 2002.*)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 20 de junio de 2002.

Voz: Nacionalidad. Recuperación de la nacionalidad.

Resumen: Recuperación de la nacionalidad española: requisitos. Necesidad de acreditar haber sido español. Interesado nacido en Perú (1973) de progenitor español nacido en Perú (1934). Pérdida de la nacionalidad por el progenitor por asentimiento voluntario (1973). Imposibilidad de acogerse al Convenio de doble nacionalidad. Recuperación de la nacionalidad por el progenitor (1993). Imposibilidad de optar por la nacionalidad española por ser mayor de edad cuando recuperó la nacionalidad el progenitor. Eventual inscripción del nacimiento con expresa mención de que no está acreditada la nacionalidad española.

(*En el mismo sentido se manifiestan: Res. DGRN 3ª de 26 de junio, 1ª de 24 de octubre, 1ª de 29 de octu-*

bre, 5ª de 11 de noviembre y 3ª de 9 de diciembre de 2002.)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3ª de 23 de septiembre de 2002.

Voz: Nacionalidad. Recuperación de la nacionalidad.

Resumen: Recuperación de la nacionalidad española. Legitimación: es una actuación personal. El interesado no puede formular la petición por representante voluntario y que ha de hacerse personalmente en el Registro competente, bien sea el del nacimiento o el del domicilio.

(*Vid. Res. DGRN 1ª de 6 de junio y 3ª de 23 de septiembre de 2002.*)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 7 de noviembre de 2002.

Voz: Nacionalidad. Recuperación de la nacionalidad.

Resumen: Pérdida y recuperación de la nacionalidad española. Nacido en Salónica (1927) de padres españoles. Pérdida de la nacionalidad por el progenitor al adquirir voluntariamente la nacionalidad mejicana. Interesado perdió por unidad jurídica de la familia (1947). Necesidad de tramitar la recuperación. Exigencia de residencia legal o dispensa pues no es emigrante o hijo de emigrante. Nacido en el extranjero de padre ya nacido en el extranjero.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 26 de diciembre de 2002.

Voz: Nacionalidad. Recuperación de la nacionalidad.

Resumen: Recuperación de la nacionalidad española. Necesidad de acreditar que gozó de la nacionalidad española en algún momento. Nacido en República Argentina (agosto 1942) de progenitor español que adquirió la nacionalidad argentina (marzo 1942). Atribución de la nacionalidad espa-

ñola durante la concepción. Pérdida por dependencia familiar (marzo 1942). Procede la recuperación

* * *

NOTA: Son catorce las decisiones publicadas en el *BIMJ* durante la etapa analizada mayo-diciembre de 2002 sobre recuperación. Muchas de ellas se dice que no es posible acceder a lo solicitado al no haber acreditado que previamente se había ostentado la nacionalidad española en algún momento de su vida (*Res. DGRN 1ª de 20 junio, 3ª de 26 de junio, 1ª de 24 octubre, 1ª de 29 de octubre, 5ª de 11 noviembre y 3ª de 9 de diciembre de 2002*). Por ello hay que indagar sobre la nacionalidad de los progenitores en el momento de la concepción o del nacimiento.

Si el progenitor era español en el día que su hijo nació se transmite la nacionalidad española aunque posteriormente la pierda; probablemente este hecho supone que el hijo la perdiese el mismo día que su progenitor por el principio de la unidad jurídica de la familia. De todas formas, en las últimas épocas se ha puesto de manifiesto que para que se transmita la nacionalidad española es suficiente con que el progenitor tuviese esta nacionalidad en el momento de la concepción (*Res. DGRN 1ª de 26 de diciembre de 2002*).

El resto de las resoluciones se dedican a examinar cuestiones sobre la determinación del Encargado del Registro Civil competente para la solicitud de la recuperación y para su posterior inscripción o si el recurrente se beneficia de la exención de la residencia legal en España por tratarse de emigrantes e hijos de emigrantes (*Res. DGRN 2ª de 3 junio, 6ª de 7 de septiembre, 4ª de 21 de octubre de 2002*) o si es preciso solicitar la dispensa de residencia por tratarse de nietos de emigrantes (*Res. DGRN 1ª de 7 de noviembre de 2002*).

Por lo que respecta a la determinación del Encargado del Registro competente para recibir la declaración de recuperación y designar quién debe realizarla se examina en dos resoluciones. De un lado, en

cuanto al primer aspecto sabemos que le corresponde al juez Encargado del Registro Civil del nacimiento (*Res. DRGR 1ª de 6 junio de 2002*) o del domicilio (*Res. DGRN 3ª de 23 de septiembre de 2002*). En cuanto a quién debe hacer la declaración, ésta es personalísima como se señala en la última decisión mencionada.

MATRIMONIO

1. AUTORIZACIÓN DE MATRIMONIO CIVIL

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 14 de mayo de 2002.

Voz: Autorización de matrimonio. Denegación.

Resumen: Autorización de matrimonio. Matrimonio entre español y dominicana. Eventual simulación: existencia de datos objetivos bastantes para deducir la simulación. Denegación de la autorización.

(*Vid. Res. DGRN de 1ª de 3 de mayo, 1ª de 14 de mayo, 1ª de 31 de mayo, 5ª de 10 de julio, 4ª y 5ª de 4 de septiembre, 6ª de 11 de septiembre, 4ª de 12 de septiembre, 9ª de 15 de octubre, 2ª de 6 de noviembre, 1ª de 15 de noviembre de 2002.*)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3ª de 24 de mayo de 2002.

Voz: Autorización de matrimonio. Se autoriza.

Resumen: Se autoriza el matrimonio que intentan celebrar en Madrid una española y un egipcio porque la documentación acompañada con el recurso acredita que ese divorcio revocable de él se ha transformado en irrevocable.

Resoluciones de la DGRN

“La capacidad de un extranjero para contraer matrimonio en España se regula por su Ley personal determinada por la nacionalidad (cfr. artículo 9.1 del Cc) habiendo surgido en este caso dudas acerca de si el contrayente egipcio es libre para contraer nuevo matrimonio o está ligado por un matrimonio anterior.

Cualesquiera que hayan sido las dudas resultantes de la documentación primeramente acompañada, de los documentos aportados con el escrito de recurso—cuyo valor probatorio debe apreciarse ahora por ser de interés público su admisión (cfr. artículo 358, II, del RRC)— resulta acreditado que el contrayente ha quedado en libertad para contraer nuevas nupcias por haber quedado disuelto su matrimonio anterior. En efecto está probado que obtuvo un divorcio revocable el 5 de septiembre de 2001 y que este divorcio se convierte en irrevocable pasados cien días desde su fecha si los interesados no reanudan la relación matrimonial. Las certificaciones consulares egipcias acompañadas al recurso acreditan esta particularidad de la legislación egipcia e igualmente, corroborando las manifestaciones del interesado, que su divorcio revocable devino irrevocable a partir del día 20 de diciembre de 2001.”

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2ª de 6 de noviembre de 2002.

Voz: Autorización de matrimonio. Denegación.

Resumen: Autorización de matrimonio. Española viuda con marroquí soltero para celebrar matrimonio en el Consulado General de España en Tetuán. Hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 6ª de 4 de diciembre de 2002.

Voz: Autorización de matrimonio. Se concede.

Resumen: Autorización de matrimonio. Matrimonio entre español y colombiana. Eventual matrimonio simulado. No hay datos objetivos para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial. El hecho de que la colombiana resida ilegalmente en España no es definitivo para deducir la simulación. Concesión de la autorización.

(Con el mismo resultado de concesión de la autorización: Vid. Res. DGRN 1ª y 3ª de 9 de mayo, 3ª de 24 de mayo, 2ª de 31 de mayo, 3ª de 15 de junio, 5ª y 8ª de 11 de septiembre, 1ª de 24 de septiembre, 4ª de 15 de octubre, 1ª, 2ª y 3ª de 18 de octubre, 2ª de 22 de octubre, 1ª de 15 de noviembre, 6ª de 4 diciembre y 1ª de 21 de diciembre de 2002.)

* * *

NOTA: La DGRN de veintinueve casos resueltos sobre autorización de matrimonio se ha mostrado favorable al *ius nubendi* rechazando la existencia de matrimonios ficticios en dieciocho supuestos; por tanto, se ha decantado por la eventual simulación y rechazo de la autorización en once casos.

La imposición de una sanción por la simulación no obliga a la autoridad competente a denegar la autorización del matrimonio. En todo caso, el Centro Directivo considera que el derecho a contraer matrimonio no debe ser objeto de una limitación restrictiva. Por este motivo, se han concedido las autorizaciones en los siguientes casos resueltos por el Centro Directivo: Res. 1ª y 3ª de 9 de mayo, 3ª de 24 de mayo, 2ª de 31 de mayo, 3ª de 15 de junio, 5ª y 8ª de 11 de septiembre, 1ª de 24 de septiembre, 4ª de 15 de octubre, 1ª, 2ª y 3ª de 18 de octubre, 2ª de 22 de octubre, 1ª de 15 de noviembre, 6ª de 4 diciembre y 1ª de 21 de diciembre de 2002. Sin embargo, normalmente, en algunos supuestos se dan ciertos datos externos que permiten presumir la ausencia de consentimiento en querer contraer válidamente matrimonio; así se han denegado las autorizaciones solicitadas en las Res. DGRN de 1ª de 3 de mayo, 1ª de 14 de mayo, 1ª de 31 de mayo, 5ª de 10 de julio, 4ª y 5ª de 4 de septiembre, 6ª de 11 de septiembre, 4ª de 12 de sep-

tiembre, 9ª de 15 de octubre, 2ª de 6 de noviembre, 1ª de 15 de noviembre de 2002.

En esta crónica, el Centro Directivo no hace más que reiterar la línea que venía manteniendo con anterioridad (Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: "La doctrina de la DGRN en materia de nacionalidad y estado civil (enero-abril 2002)", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. Derecho de las personas en movimiento transnacional*, vol. I, 2002-1, pp. 226-227; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS: *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado español*, Pamplona, Aranzadi, 2002; A. QUIÑONES ESCÁMEZ: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, Fundación la Caixa, 2000; *íd.*: "La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico", *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid, Cuadernos de Derecho judicial, 2002-VIII, pp. 261-342) aunque debemos destacar dos decisiones en las que se muestra favorable a la aplicación de la legislación extranjera. Así, lo podemos observar en el caso resuelto sobre la autorización de un matrimonio que se va a celebrar entre una española y un egipcio (*Res. DGRN 3ª de 4 de mayo de 2002*) en la que se afirma textualmente en relación con el no nacional que: "La capacidad de un extranjero para contraer matrimonio en España se regula por su Ley personal determinada por la nacionalidad (cfr. artículo 9.1 del Cc) habiendo surgido en este caso dudas acerca de si el contrayente egipcio es libre para contraer nuevo matrimonio o está ligado por un matrimonio anterior (...) Las certificaciones consulares egipcias acompañadas al recurso acreditan esta particularidad de la legislación egipcia e igualmente, corroborando las manifestaciones del interesado, que su divorcio revocable devino irrevocable".

Y por otro lado, debe aludirse a un dato de vital importancia que esperemos se tenga en cuenta por todas nuestras autoridades: el hecho de que un extranjero se encuentre de forma irregular en España no debe influir en la opinión del legitimado para

autorizar el matrimonio, pues lo que éste debe juzgar es el cumplimiento de los requisitos sustanciales: capacidad y consentimiento. Desde luego, además de cambiar su opinión con respecto a la crónica anterior, la *Res. DGRN 6ª de 4 de diciembre de 2002* nos recuerda que: "El hecho de que la colombiana resida ilegalmente en España no es definitivo para deducir la simulación".

Finalmente, cabe añadir un dato que se puede observar en la *Res. DGRN 2ª de 6 de noviembre de 2002*, acerca de la autorización solicitada por parte de un español que desea contraer matrimonio con un marroquí en el Consulado español en Tetuán. El Encargado del Registro deduce la existencia de simulación por lo que deniega la autorización; pero, en todo caso, se trataría de un matrimonio consular, y desde luego, entre las reglas que rigen esta forma de celebración se encuentra la que prohíbe que alguno de los contrayentes sea nacional del Estado de la celebración (Vid. M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO: "El matrimonio consular", *BIMJ*, nº 1937, 2003, pp. 825-850).

2. CERTIFICADO DE CAPACIDAD MATRIMONIAL

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 28 de mayo de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción.

Resumen: Matrimonio: certificado de capacidad nupcial para contraer matrimonio fuera de España (Consulado de Turín). Matrimonio de conveniencia o ficticio entre un rumano y una española. Requisitos: necesidad de verdadero consentimiento matrimonial. *Ius connubii* como derecho fundamental no debe ser limitado. Denegación del certificado.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Resoluciones de la DGRN

Fecha: 1ª de 5 de junio de 2002.

Voz: Matrimonio: certificado de capacidad.

Resumen: certificado de capacidad nupcial para contraer matrimonio fuera de España (Consulado de Agadir). Matrimonio de conveniencia o ficticio entre un español y una marroquí. Requisitos: necesidad de verdadero consentimiento matrimonial. *Ius connubii* como derecho fundamental no debe ser limitado. Denegación del certificado.

“Cuando, como es el caso, un español desea contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración y esta ley exige la presentación de un certificado de capacidad matrimonial (cfr. artículo 252 del RRC), el expediente previo para la celebración del matrimonio ha de instruirse conforme a las reglas generales (cfr. Instrucción de 9 de enero de 1995, norma 5.ª), siendo, pues, trámite imprescindible la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (cfr. artículo 246 del RRC).”

(*Vid. Res. DGRN 2ª de 15 de junio, 3ª de 19 de septiembre, 2ª de 25 de septiembre, 5ª de 12 de noviembre y 1ª de 20 de noviembre de 2002.*)

* * *

NOTA: Los siete casos conocidos por el Centro Directivo en la etapa que venimos examinando –mayo/diciembre 2002– sobre expedición de certificados de capacidad nupcial todos ellos son resueltos de forma negativa. Se pretenden casar un rumano con una española en el Consulado de España en Turín (*Res. DGRN 1ª de 28 de mayo de 2002*), un español y una nacional de Marruecos en el Consulado español acreditado en Agadir (*Res. DGRN 1ª de 5 de junio de 2002*), una española con un marroquí (*Res. DGRN 2ª de 5 de junio de 2002*), un español viudo –nacido en 1933– con un marroquí divorciada –nacida en 1969– para contraer matrimonio en Rabat (*Res. DGRN 3ª de 19 de septiembre de 2002*),

un español divorciado nacido en 1932 con una marroquí soltera nacida en 1972 para contraer matrimonio en Casablanca (*Res. DGRN 1ª de 25 de septiembre de 2002*).

En todos los casos se deniega el certificado al intuir el Encargado del Registro Civil que existe un intento de contraer matrimonio de conveniencia. De las entrevistas personales se observan unos hechos que permiten vislumbrar que se trata de conseguir el acceso al territorio español por parte de los extranjeros que quieren casarse con españoles o con nacionales de la Unión Europea.

Ciertamente, no existen normalmente pruebas directas sobre este hecho, siendo necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de algún hecho la ausencia de consentimiento que se trata de probar. Normalmente, en el trámite de audiencia personal y reservada a los interesados resultan los siguientes hechos objetivos comprobados: los futuros contrayentes no saben los apellidos de su pareja ni su domicilio; tienen dificultades de comunicación porque no tienen un idioma común –generalmente el extranjero no habla español–, se desconocen datos personales como fecha exacta de nacimiento, sus aficiones, etc. Estos obstáculos son superados si verdaderamente se trata de un matrimonio blanco o ficticio por la preparación de las preguntas que se hacen a los futuros cónyuges por parte de los Encargados del Registro Civil; sin embargo, las respuestas contradictorias han servido al Centro Directivo para afirmar que: “estos hechos comprobados llevan a la conclusión, que no es ilógica ni arbitraria, de la inexistencia de verdadero consentimiento matrimonial”.

3. MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: de 16 de mayo de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción. Denegación.

Resumen: Matrimonio celebrado en el extranjero. Matrimonio entre español nacido en 1916 y una cubana nacida en 1951. Eventual matrimonio simulado. Datos objetivos suficientes para dudar de la ausencia de consentimiento: la contrayente extranjera desconoce que su esposo ha fallecido.

“El llamado matrimonio de complacencia es indudablemente nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. artículos 45 y 73.1º del Cc). Para evitar en la medida de lo posible la existencia aparente de estos matrimonios y su inscripción en el Registro Civil, esta Dirección General dictó en su momento la *Instrucción de 9 de enero de 1995*, dirigida a impedir que algunos extranjeros obtengan la entrada en España o regularicen su estancia en ella por medio de un matrimonio simulado con ciudadanos españoles.

Análogas medidas deben adoptarse cuando se trata de inscribir en el Registro Consular o en el Central un matrimonio ya celebrado en la forma extranjera permitida por la *lex loci*. El Encargado debe comprobar si concurren los requisitos legales sin excepción alguna para la celebración del matrimonio (cfr. artículo 65 del Cc) y esta comprobación, si el matrimonio consta por “certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración” (artículo 256.3º del RRC), requiere que por medio de la calificación de ese documento y “de las declaraciones complementarias oportunas” se llegue a la convicción de que no hay dudas “de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española”. Así lo señala el artículo 256 del Reglamento, siguiendo el mismo criterio que, para permitir otras inscripciones sin expediente y en virtud de certificación de un Registro extranjero, establecen los artículos 23, II, de la Ley y 85 de su Reglamento.”

(En el mismo sentido: Res. DGRN 2ª, 3ª y 4ª de 3 de mayo, 6ª y 7ª de 3 de mayo, 2ª de 9 de mayo, de 16 de mayo, 1ª y 2ª de 19 de junio, 1ª, 2ª y 3ª de 29 de junio, de 4 de julio, 3ª de 10 de julio, 3ª de 2 de septiembre, 1ª, 2ª 3ª y 8ª de 4 de septiembre, 1ª y 7 de 11 de septiembre, 7ª,

8ª, 9ª y 10ª de 12 de septiembre, 10ª de 13 de septiembre, 1ª de 25 de septiembre, 1ª, 2ª y 3ª de 4 de octubre, 1ª, 3ª, 5ª y 6ª de 11 de octubre, 1ª y 2ª de 15 de octubre, 1ª, 3ª y 6ª de 28 de octubre, 1ª y 2ª de 13 de noviembre, 2ª, 3ª, 4ª y 5ª de 15 de noviembre, 2ª y 5ª de 20 de noviembre, 3ª y 4ª de 23 de noviembre, 2ª de 28 de noviembre, 5ª de 3 de diciembre, 4ª y 8ª de 4 de diciembre, 3ª de 12 de diciembre, 1ª y 2ª de 17 de diciembre de 2002.)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 24 de mayo de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción.

Resumen: Matrimonio celebrado en el extranjero. Matrimonio entre dominicanos en República Dominicana. Adquisición de la nacionalidad por los cónyuges. Aplicación de la ley personal de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio: validez del matrimonio. Procedencia de la inscripción.

“El matrimonio anterior subsistente de quien ha adquirido después la nacionalidad española debe inscribirse en el Registro Civil español competente (cfr. artículo 66 del RRC), siendo la vía registral normal para la inscripción la certificación del Registro Civil extranjero expedida por autoridad o funcionario del país de celebración [artículo 256.3.o) del RRC].

En el caso presente ambos contrayentes eran dominicanos cuando se celebró el matrimonio, porque éste tuvo lugar el 17 de marzo de 2001 y ella no adquirió la nacionalidad española hasta el 10 de mayo de 2001. Por ello hay que aplicar la ley dominicana para apreciar la capacidad matrimonial (artículo 9.1 del Cc) y no hay puntos de conexión que permitan aplicar las normas españolas sobre ausencia de consentimiento matrimonial.”

(En el mismo sentido: Res. DGRN 1ª de 24 de mayo, 2ª de 28 de mayo, 1ª, 2ª y 4ª de 2 de septiembre, 2ª, 3ª y 4ª de 11 de septiembre y 7ª de 4 de diciembre de 2002.)

Resoluciones de la DGRN

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2ª de 24 de mayo de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción.

Resumen: Matrimonio celebrado en el extranjero. Matrimonio entre marroquíes en Marruecos. Adquisición de la nacionalidad por los cónyuges. No consta la forma de celebración. Denegación de la inscripción.

(Vid. Res. DGRN 1ª de 27 de junio de 2002.)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3ª de 19 de junio de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción.

Resumen: Inscripción de matrimonio celebrado en el extranjero. Matrimonio canónico entre español e italiana celebrado en Italia. Validez en Italia como matrimonio canónico.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 4ª de 29 de junio de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción.

Resumen: Inscripción de matrimonio celebrado en el extranjero. Matrimonio celebrado en Marruecos según la *lex loci* entre español soltero con marroquí casada. Eventual matrimonio simulado. No existen datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial. Se procede a la inscripción.

(Res. DGRN 5ª de 3 de mayo, 4ª de 9 de mayo, 6ª, 7ª y 9ª de 4 de septiembre, 4ª y 9ª de 11 de septiembre, 7ª de 17 de septiembre, 1ª y 2ª de 19 de septiembre, 2ª de 11 octubre, 3ª de 15 de octubre, 3ª de 22 de octubre, 2ª, 4ª y 5ª de 28 de octubre, 3ª de 6 noviembre, 1ª de 23 de noviembre, de 10 de diciembre, 1ª, 2ª y 4ª de 12 de diciembre, 1ª y 2ª de 21 de diciembre.)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 6ª de 16 de septiembre de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción.

Resumen: Matrimonio celebrado en el extranjero. Español con cubana en La Habana. El desistimiento del marido no es por sí solo causa que impida la inscripción. La inscripción requiere inexcusablemente las declaraciones complementarias oportunas de los dos interesados cuando ella no ha podido ser localizada.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 4ª de 11 de octubre de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción.

Resumen: Matrimonio celebrado en el extranjero. Cubano soltero y española soltera contrajeron matrimonio en Cuba. Se declara la competencia del Registro Central. Se estima suficientemente comprobado que el promotor está domiciliado en España.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: de 26 de octubre de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción.

Resumen: Inscripción de matrimonio celebrado en República Dominicana. Recurso contra calificación: fuera de plazo. No puede admitirse el presentado pasados treinta días naturales desde la notificación correcta del acuerdo.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 6 de noviembre de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción.

Resumen: Matrimonio celebrado en el extranjero. Matrimonio celebrado en Chipre. Matrimonio entre un nacido en Brasil hijo de progenitora originariamente española y

un checo domiciliados en Alicante. No puede inscribirse porque no afecta a ningún español. No se ha acreditado la nacionalidad española del contrayente.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 7^a de 4 de diciembre de 2002.

Voz: Matrimonio. Denegación de la inscripción.

Resumen: Matrimonio celebrado en el extranjero. Matrimonio entre marroquíes celebrado en Marruecos (1989). Adquisición de nacionalidad española por el contrayente marroquí (1990) que previamente se había casado en España con una española (1983). Divorciado en España (1992). No cabe la inscripción de un matrimonio poligámico. Atenta contra el orden público español y la dignidad constitucional de la mujer.

* * *

NOTA: En esta crónica se puede reseñar que, la inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero entre español/a y extranjero/a ha contado con múltiples resoluciones, alrededor de cien recursos han sido resueltos por la DGRN. Ciertamente, muchos de ellos han sido desestimados (sesenta y cuatro) y el resto, es decir, aproximadamente un treinta cinco por ciento han sido estimados.

Normalmente, los Cónsules que dudan de la veracidad del matrimonio celebrado válidamente según la *lex loci celebrationis*, deniegan la inscripción, y posteriormente, ante la existencia de eventuales dudas y por supuesto, previo recurso, el Centro Directivo se decanta a favor del *ius conubii* y, por tanto, la validez del matrimonio y procede a ordenar la inscripción del mismo (Vid. *Res. DGRN de 1^a y 3^a de 9 de mayo, 3^a de 24 de mayo, 2^a de 31 de mayo, 3^a de 15 de junio, 4^a de 10 de julio, 5^a y 8^a de 11 de septiembre, 1^a de 24 de septiembre, 4^a de 15 de octubre, 1^a, 2^a y 3^a de 18 de octubre, 1^a de 22 de octubre, 3^a de 13 de noviembre, 6^a de 4 de diciembre y 1^a de 21 de diciembre de 2000.*)

De los casos examinados, los matrimonios de español/a con extranjero se han celebrado generalmente en los siguientes países: República Dominicana (40), Cuba (18), Marruecos (6), Perú (3), Colombia (2), Nigeria (2), China, Italia y Chipre. En muchos de estos supuestos en la entrevista personal y por separado, previa a la inscripción del matrimonio, los cónyuges incurren en contradicciones al manifestar los datos personales y profesionales de su pareja por lo que se procede a la denegación de la inscripción (Vid. *Res. DGRN 2^a, 3^a y 4^a de 3 de mayo, 6^a y 7^a de 3 de mayo, 2^a de 9 de mayo, de 16 de mayo, 2^a de 24 de mayo, 1^a de 28 de mayo, 1^a y 2^a de 19 de junio, 1^a, 2^a y 3^a de 29 de junio, de 4 de julio, 3^a de 10 de julio, 3^a y 4^a de 2 septiembre, 1^a, 2^a 3^a y 8^a de 4 septiembre, 1^a y 7 de 11 septiembre, 8^a y 9^a de 12 septiembre, 10^a de 13 septiembre, 1^a de 25 de septiembre, 1^a, 2^a y 3^a de 4 octubre, 1^a, 5^a y 6^a de 11 de octubre, 1^a y 2^a de 15 de octubre, 1^a, 3^a y 6^a de 28 de octubre, 1^a y 2^a de 13 de noviembre, 2^a, 3^a, 4^a y 5^a de 15 de noviembre, 2^a y 5^a de 20 de noviembre, 3^a y 4^a de 23 de noviembre, 2^a de 28 de noviembre, 8^a de 4 de diciembre, 3^a de 12 de diciembre, 1^a de 17 de diciembre de 2002*). A modo de ejemplo, por su evidencia destacamos la *Res. DGRN de 16 de mayo de 2002*, se denegó la inscripción de matrimonio celebrado en Cuba por poderes entre un español nacido en 1916 y una cubana nacida en 1951 deduciendo la ausencia de consentimiento matrimonial del hecho de que la contrayente extranjera desconoce que su esposo había fallecido (*BIMJ*, n^o 1921, 2002, pp. 2467-2471).

Las denegaciones mayoritariamente se deben a que el Encargado del Registro Civil –el Cónsul en caso de matrimonio celebrado en el extranjero–, después de la entrevista individualizada estima que existen datos objetivos suficientes para verificar que no ha habido consentimiento matrimonial y que el cónyuge extranjero pretendía mediante el matrimonio obtener el visado de reagrupación familiar, para luego conseguir una tarjeta de residente comunitario, y en último término la nacionalidad española.

Resoluciones de la DGRN

4. DISOLUCIÓN DE MATRIMONIO MEDIANTE DECISIÓN JUDICIAL EXTRANJERA

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1^a de 15 de junio de 2002.

Voz: Matrimonio. Disolución.

Resumen: Inscripción de matrimonio celebrado en el extranjero. Español divorciado de origen marroquí solicita la inscripción de su matrimonio con marroquí. Improcedencia de la inscripción por existencia de vínculo anterior. Existencia de sentencia de divorcio en Marruecos que no ha obtenido el exequátur en España.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2^a de 27 de junio de 2002.

Voz: Matrimonio. Disolución.

Resumen: Se deniega su inscripción porque el español estaba casado con otra mujer desde 1979 y, si bien obtuvo el divorcio de este matrimonio en 1989 por sentencia de un juez belga, no ha sobrevenido el exequátur de esta sentencia.

“El interesado español de origen contrajo matrimonio con una italiana en Bélgica en 1979, que se inscribió en el Registro Civil Consular, y de la que se divorció en 1989 por sentencia dictada por un Juez belga. Solicita ahora la inscripción de su segundo matrimonio celebrado en Bélgica en 1997 con una argentina.

No influye para permitir la inscripción de este segundo matrimonio el hecho de que el interesado haya obtenido en Bélgica sentencia de divorcio de su primer matrimonio, porque esta sentencia, tratándose de un español, no produce efectos en España mientras no se obtenga su reconocimiento a través del exequátur ante la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (cfr. artículo 10. II, Cc.) Hasta entonces el primer matrimonio subsiste y la inscripción del segundo

queda impedida por existir, al menos formalmente, el impedimento de ligamen.

El exequátur sigue siendo necesario en la legislación vigente (cfr. disposición derogatoria única, apartado 1, excepción 3^a, de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000). Por lo demás, dada la fecha de la sentencia belga de divorcio no es aplicable al caso el nuevo régimen establecido por el Reglamento del Consejo de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000 (cfr. su artículo 42).”

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 7^a de 13 de septiembre de 2002.

Voz: Matrimonio. Disolución.

Resumen: Cancelación de inscripción de matrimonio. Necesidad de obtener la previa cancelación en vía judicial. La cancelación por expediente sólo cabe si el asiento se ha extendido basándose en un título manifiestamente ilegal. Matrimonio celebrado en España entre español casado con sentencia de divorcio no firme con ciudadana bielorrusa. Autorización de matrimonio por entender que el vínculo anterior del cónyuge estaba disuelto. No se procede a lo solicitado.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1^a de 2 de noviembre de 2002.

Voz: Matrimonio. Disolución.

Resumen: Matrimonio celebrado en el extranjero. Español divorciado con alemana celebrado en Alemania. Imposibilidad de inscribir dicho matrimonio por existencia de matrimonio celebrado en Francia. Ausencia de solicitud exequátur de la sentencia francesa de divorcio.

(Vid. Res. DGRN de 4 de mayo de 2002.)

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3^a de 28 de noviembre de 2002.

Voz: Matrimonio. Disolución.

Resumen: Inscripción de separación matrimonial. Reglamento 1347/2000. No es inscribible por ausencia del certificado previsto en el Anexo del Reglamento. Se deniega la inscripción.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 5^a de 4 de diciembre de 2002.

Voz: Matrimonio. Denegación de la inscripción.

Resumen: Matrimonio celebrado en el extranjero. Español casado y divorciado y estadounidense divorciada. Celebración del matrimonio en Estados Unidos. Existencia de una sentencia de divorcio estadounidense. Ausencia de petición de reconocimiento de la misma en España. Eventual inscripción subordinada a la obtención del exequátur de la sentencia estadounidense de divorcio.

* * *

NOTA: En los últimos tiempos la existencia de una sentencia de divorcio extranjera que afecta al estado civil de un español ha provocado numerosos impedimentos a la hora de inscribir un segundo matrimonio como medida previa a la obtención de un libro de familia; y, por supuesto, la eventual concesión de un visado de reagrupación familiar. El impedimento surge por la ausencia de petición y obtención del reconocimiento de la mencionada sentencia.

Son muchos los casos similares que se están suscitando, por lo que es necesario hacer un análisis del tema; y, además, se debe destacar el nuevo tratamiento legal que reciben en nuestro país las sentencias de divorcio que procedan de un juez o tribunal perteneciente al ámbito jurisdiccional de un Estado miembro de la Unión Europea. Las nuevas disposi-

ciones se aplican desde el 1 de marzo de 2001, fecha en la que entró en vigor para todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto para Dinamarca, el Reglamento (CE) n^o 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (*DOCE*, n^o L 160, de 30-VI-2000; Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS: “Primeros pasos de la práctica registral española en la aplicación del reglamento en materia matrimonial: reflexiones al hilo de la Resolución de la DGRN de 4 de mayo de 2002”, *La Ley*, n^o 5715, 10 de febrero de 2003, pp. 1-6; M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ: “La libre circulación de decisiones de divorcio en la UE tras la entrada en vigor del Reglamento n^o 1347/2000”, *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, n^o 18, 2000, pp. 157-208).

Para el reconocimiento de sentencias en España hoy sigue perviviendo un sistema arcaico el previsto en los arts. 951 a 958 de la vieja LEC (vid. disposición derogatoria única. 13^o de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), hasta que no sea aprobada la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil, que ya debería haber sido aprobada, pues la disposición final vigésima de Ley 1/2000 prevé que en el plazo de seis meses a contar de la entrada en vigor el Gobierno debía remitir a las Cortes Generales el proyecto de la mencionada Ley. Por el momento, no contamos con la nueva legislación por lo que la vieja ordenación convive con un sistema flexible y casi automático en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de nulidad, separación y divorcio por la existencia del Reglamento 1347/2000 y de algunos Convenios bilaterales.

El Reglamento 1347/2000 ha supuesto una transformación importante en la cuestión abordada y ya cuenta con decisiones importantes tanto por las respuestas de la DGRN como en algunos Autos del TS. En concreto, el *Auto TS (Sala 1^a) de 9 de abril de 2002* señala que: “De conformidad con lo dispuesto

Resoluciones de la DGRN

en los artículos 42.1º y 2º, 46 y 2.1º y el anexo I del Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, que entró en vigor el 1 de marzo de 2001, será de aplicación tanto a las acciones ejercitadas con posterioridad a la entrada en vigor del presente Reglamento, como a las resoluciones judiciales dictadas después de la fecha de entrada en vigor como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a la misma, señalando como autoridad competente para España los Juzgados de Primera Instancia. Por ello, y habida cuenta que la sentencia cuyo reconocimiento se pretende se dictó el 27 de abril de 2001, estando ya vigente el citado Reglamento, se ha de afirmar la aplicabilidad del referido Reglamento y, en consecuencia, la incompetencia de esta Sala para conocer del exequátur solicitado” (RJA, 2002, nº 3286). En cuanto a los requisitos o documentación a presentar debe expedirse un certificado con los datos que aparecen reflejados en el anexo IV del Reglamento 1347/2000. La ausencia de la presentación de este certificado, probablemente por desconocimiento del recurrente, ha dado lugar a la denegación de inscripción del matrimonio en el caso analizado en la *Res. DGRN 3ª de 28 de noviembre de 2002*.

El Centro Directivo se pronuncia de forma negativa sobre la inscripción del segundo matrimonio, en la casi totalidad de los casos porque previamente no se ha solicitado y obtenido el reconocimiento en España de la sentencia extranjera. Mientras se mantenga este criterio, para cumplir con las exigencias de la DGRN habrá que preguntarse de qué país procede la sentencia extranjera para determinar la tramitación a seguir para su ejecución en España. La regla general es la aplicación del régimen convencional y en ausencia de norma internacional aplicable debemos recurrir al régimen de condiciones previsto en artículo 954 de la LEC que otorga competencia para el reconocimiento a la Sala 1ª del TS (artículo 955 de la LEC y artículo 56.4 de la LOPJ). Ahora bien, en el caso de que la decisión de divorcio provenga de un tribunal de un Estado obligado por un tratado internacional en materia de reconocimien-

to y ejecución de sentencias ya sea especial o general debemos estar a sus disposiciones.

Hoy, en la crónica vemos reflejado que a partir de la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000 las sentencias de divorcio procedentes de países comunitarios –salvo Dinamarca– deben ser ejecutadas de acuerdo a sus disposiciones. Desde luego, una de las primeras imposiciones de aplicabilidad se encuentra en la delimitación de su ámbito temporal, se establece que sólo es aplicable a las sentencias dictadas con posterioridad al 1 de marzo de 2001 (artículos 46 y 42 Reglamento 1347/2000). Ello implica que si la sentencia es anterior a esa fecha no se aplica (*Res. DGRN 2ª de 27 de junio de 2002*).

La ejecución se llevará a cabo ante el Juzgado de 1ª Instancia (anexo I Reglamento 1347/2000; *Res. DGRN de 4 de mayo de 2002*) cuya competencia territorial se determinará por el lugar de residencia habitual de la persona contra la que se solicitare la ejecución; y, en su defecto, será competente el del lugar de ejecución [artículo 22.2 Reglamento 1347/2000; Auto TS (Sala 1ª) de 27 de abril de 2001]. El problema surge en relación a los matrimonios celebrados en el extranjero. Ahora bien, en este caso, el último Auto mencionado del TS sostiene que: “queda íntegra la competencia del Juzgado de Primera Instancia del Registro civil en el que esté inscrito el matrimonio para la ejecución en sentido impropio, en defecto de cualquier otro foro que resulte aplicable, respecto de lo cual, se ha de tener presente lo dispuesto en los artículos 12, 15 y 18, párrafo primero de la Ley del Registro Civil de fecha 8 de junio de 1957, conforme a los cuales en el Registro Civil Central se inscribirán los hechos para cuya inscripción no resulte competente otro Registro, y en donde se llevarán los libros formados con los duplicados de las inscripciones consulares” (RJA, 2002, nº 3286).



Crónica legislativa de un semestre

CRÓNICA LEGISLATIVA DE UN SEMESTRE

I. Fuentes internacionales.

II. Legislación estatal.

III. Legislación autonómica.

I. FUENTES INTERNACIONALES

- Reglamento (CE) nº 881/2003, de 19 de mayo. COMISIÓN. DOL 20 de mayo de 2003, nº 124. AFGANISTÁN. Modifica Reglamento (CE) nº 881/2002, de 27-05-2002, que impone determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes.
- Propuesta de Directiva COM (2003) 199, de 15 de abril. COMISIÓN. COM 15 abril 2003, nº 199. Libre Circulación de Personas. Derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.
- Iniciativa del Reino de España con vistas a la adopción de una Directiva sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas. DOC 5 de abril de 2003, nº 82.
- Comunicación COM (2003) 75, de 19 de febrero. LIBRO VERDE DE LA COMISIÓN Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea. COM 19 de febrero de 2003, nº 75.
- Comunicación COM (2003) 75, de 19 de febrero. Acuerdo de Schengen. Manual Sirene. Solicitud de información complementaria a la entrada nacional.
- Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre el Reino de España y la República de Eslovenia, hecho en Madrid el 11 de junio de 2002 (BOE nº 122, de 22 de mayo de 2003).

Crónica legislativa de un semestre

- Acuerdo Marco de cooperación entre el Reino de España y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura relativo al Fondo Fiduciario UNESCO/España de cooperación para el desarrollo, hecho en París el 11 de septiembre de 2002 (*BOE* nº 111, de 9 de mayo de 2003).
- Aplicación provisional del Acuerdo Marco de cooperación entre el Reino de España y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, hecho en Ginebra el 9 de diciembre de 2002 (*BOE* nº 123, de 23 de mayo de 2003).
- Informe de 31 de diciembre de 2002. DOC 31 de diciembre de 2002, nº 330. Aplicación de la Acción común 2002/589/PESC, de 12 de julio de 2002, sobre la contribución de la Unión Europea para combatir la acumulación desestabilizadora y la proliferación de armas ligeras y de pequeño calibre.
- Acuerdo de 30 de diciembre de 2002. Establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por otra. DOL 30 de diciembre de 2002, nº 352.
- Comunicación de 24 de diciembre de 2002. DOC 24 de diciembre de 2002, nº 325.128.- Tratado de la Comunidad Europea. Versión consolidada.
- Decisión 2002/946/JAI, de 28 de noviembre. Refuerza el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada a la circulación y a la estancia irregulares.
- Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre. CONSEJO. DOL 5 diciembre 2002, nº 328.- Inmigración. Define la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.
- Propuesta de Directiva COM (2002) 548, de 7 de octubre. COMISIÓN. COM 7 de octubre de 2002, nº 548. Inmigración. Requisitos de entrada y estancia de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, de formación profesional o voluntariado.
- Corrección de errores del Canje de notas de fechas 10 de noviembre y 8 de diciembre de 1993 constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Honduras sobre modificación del Convenio de Doble Nacionalidad de 15 de junio de 1966 (*BOE* nº 140, de 12 de junio de 2003).
- Acuerdo interno entre los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativo a la financiación y la administración de la ayuda comunitaria con arreglo al Protocolo financiero del Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, el Caribe y el Pacífico y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, firmado en Cotonú (Benin) el 23 de junio de 2000 y a la asignación de ayuda financiera a los países y territorios de Ultramar a los que se aplica la cuarta parte del Tratado CE, hecho en Bruselas el 18 de septiembre de 2000 (*BOE* nº 84, de 8 de abril de 2003).

Crónica legislativa de un semestre

I

– Acuerdo interno entre los representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativo a las medidas y procedimientos que deben adoptarse para la aplicación del Acuerdo de Asociación ACP-CE, hecho en Bruselas el 18 de septiembre de 2000 (*BOE* n° 99, de 25 de abril de 2003).

II. LEGISLACIÓN ESTATAL

– Orden AEX/791/2003, de 31 de marzo, por la que se crea una Oficina Consular Honoraria en Sligo (Irlanda) (*BOE* n° 84, de 8 de abril de 2003).

– Orden AEX/973/2003, de 9 de abril, por la que se crean las Secciones Laborales, de Seguridad Social y de Asuntos Sociales de las Misiones Diplomáticas Permanentes de España en las Repúblicas de Polonia y Rumania y del Consulado de España en Quito (*BOE* n° 98, de 24 de abril de 2003).

– Resolución de 5 de mayo de 2003, de la Agencia Española de Cooperación Internacional, por la que se convocan ayudas para la realización de proyectos conjuntos de investigación y acciones complementarias en el marco del Programa de Cooperación Interuniversitaria entre España y Túnez (*BOE* n° 125, de 26 de mayo de 2003).

– Orden AEX/1288/2003, de 12 de mayo, por la que se crea una Oficina Consular Honoraria en Bursa (Turquía) (*BOE* n° 125, de 26 de mayo de 2003).

– Orden AEX/1289/2003, de 16 de mayo, por la que se crea la Secretaría Ejecutiva de la XXVI Reunión Consultiva del Tratado Antártico (*BOE* n° 125, de 26 de mayo de 2003).

– Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea (*BOE* n° 122, de 22 de mayo de 2003).

– Ley 16/2003, de 28 de mayo. Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. *BOE* 29 de mayo de 2003, n° 128.

– Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. *BOE* 27 de mayo de 2003, n° 126.

– Ley Orgánica 3/2003, de 21 de mayo, complementaria de la Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, por la que se establece el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos equipos cuando actúen en España. *BOE* 22 de mayo de 2003, n° 122.

– Sentencia de 20 de marzo de 2003, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se anulan diversos preceptos del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero,

Crónica legislativa de un semestre

sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (*BOE* nº 117, de 16 de mayo de 2003).

- Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley sobre la orden europea de detención y entrega. *BOE* 17 de marzo de 2003, nº 65.
- Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre. Calidad de la Educación. Jefatura del Estado. *BOE* 24 de diciembre de 2002, nº 307.
- Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores. *BOE* 11 de diciembre de 2002, nº 296.
- Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado. *BOE* 28 de octubre de 2002, nº 258 [p. 37777].
- Ley 8/2003, de 24 de abril. *BOE* 25 de abril de 2003, nº 99. Ley de sanidad animal.
- Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega. *BOE* 17 de marzo de 2003, nº 65.
- Ley 53/2002, de 30 de diciembre. Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Jefatura del Estado. *BOE* 31 de diciembre de 2002, nº 313, rectificación. *BOE* 4 de abril de 2003, nº 81.
- Ley 51/2002, de 27 de diciembre. Reguladora de las Haciendas Locales. Jefatura del Estado. *BOE* de 28 diciembre de 2002, nº 311; Reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre de 1988.
- Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado. *BOE* 28 de octubre de 2002, nº 258.
- Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo. Aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual. *BOE* 28 de marzo de 2003, nº 75.
- Real Decreto 139/2003, de 7 de febrero. Actualiza la regulación de la formación médica especializada. *BOE* 14 de febrero de 2003, nº 39.
- Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero. Entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. *BOE* 22 de febrero de 2003, nº 46.

Crónica legislativa de un semestre

I

- Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España. *BOE* 21 de diciembre de 2002, nº 305.
- Real Decreto 1247/2002, de 3 de diciembre, regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria.- *BOE* 4 de diciembre de 2002, nº 290.
- Real Decreto 1244/2002, de 29 de noviembre, aprueba el Reglamento de acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería; *BOE* 30 de noviembre de 2002, nº 287.
- Real Decreto 1163/2002, de 8 de noviembre. Crea y regula las especialidades sanitarias para químicos, biólogos y bioquímicos. MINISTERIO PRESIDENCIA. *BOE* 15 de noviembre de 2002, nº 274.
- Orden Ministerio de Defensa, de 9 de mayo.- *BOE* 22 de mayo de 2003, nº 122. ENSEÑANZA MILITAR. Adapta la Orden 42/2000, de 28 de febrero de 2000, sobre directrices generales de los planes de estudio para la enseñanza militar de formación de los militares profesionales de tropa y marinería, modificada parcialmente por la Orden de 19 de febrero de 2002, a lo dispuesto en el Real Decreto 1244/2002, de 29 de noviembre de 2002, que aprueba el Reglamento de acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería.
- Acuerdo de 4 de marzo de 2003. Consejo General del Poder Judicial. *BOE* 21 de marzo de 2003, nº 69. Ordena hacer público el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en su reunión del día 4 de febrero de 2003, que aprueba las nuevas normas de reparto entre las dos Secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mencionado Tribunal Superior.
- Acuerdo Reglamentario 2/2003, de 26 de febrero. Consejo General del Poder Judicial. *BOE* 10 de marzo de 2003, nº 59. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Modifica el Reglamento 5/1995, de 7 de junio de 1995, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en lo relativo a los servicios de guardia.
- Acuerdo de 18 de febrero de 2003. Comisión Permanente del Consejo General Poder Judicial *BOE* 27 de febrero de 2003, nº 50. Ordena hacer público el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en su reunión del día 18 de diciembre de 2002, relativo a la modificación de las normas de reparto de Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Valencia.
- Resolución de 30 de enero de 2003 Subsecretaría Ministerio Presidencia. Dispone la publicación de las Instrucciones dictadas en desarrollo del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002), que regula los procedimientos de contratación y fija el nº y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen para el año 2003 a extranjeros residentes legales en España y a extranjeros que no se hallen ni sean residentes en ella. *BOE* 31 de enero de 2003, nº 27.

- Resolución de 14 de enero de 2003.- Subsecretaría Ministerio Presidencia.- *BOE* 16 de enero de 2003, nº 14, rectificación *BOE* 31 de enero de 2003, nº 27. Dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002, por el que se regulan los procedimientos de contratación y se fija el nº y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen para el año 2003 a extranjeros residentes legales en España y a extranjeros que no se hallen ni sean residentes en ella.
- Orden Ministerio Educación, Cultura y Deporte, de 16 de diciembre de 2002, *BOE* 28 de diciembre de 2002, nº 311. Modifica las Órdenes de 14 de marzo de 1988 y de 30 de abril de 1996, para la aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 104/1988, de 29 de enero de 1988, sobre homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación no universitaria.
- Orden Ministerio Educación, Cultura y Deporte de 16 de diciembre, *BOE* 30 de diciembre de 2002, nº 312, regula los aspectos curriculares, los requisitos generales y los efectos de la formación en materia deportiva, a los que se refiere la disposición transitoria primera del Real Decreto 1913/1997, de 19 de diciembre de 1997.
- Orden Ministerio Interior de 21 de noviembre de 2002. Delega determinadas atribuciones y aprueba las delegaciones efectuadas por otras autoridades. *BOE* 28 de noviembre de 2002, nº 285, rectificación *BOE* 1 de enero de 2003, nº 1.
- Resolución de 4 de octubre de 2002. Secretaría General Técnica Ministerio Asuntos Exteriores.- *BOE* 16 de octubre de 2002, nº 248. 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.

III. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

A) Comunidad Valenciana

- Ley 11/2003, de 10 de abril. Estatuto de las Personas con Discapacidad. PRESIDENCIA DE LA GENERALIDAD VALENCIANA. *BOE* 22 de mayo de 2003, nº 122; *DO Generalitat Valenciana* 11 de abril de 2003, nº 4479. MINUSVÁLIDOS.
- Ley 1/2003, de 28 de enero. Derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana. PRESIDENCIA DE LA GENERALIDAD VALENCIANA. *BOE* 25 de febrero de 2003, nº 48; *DO Generalitat Valenciana* 31 de enero de 2003, nº 4430.

B) Generalitat de Catalunya

- Ley 1/2003, de 19 de febrero. Universidades de Cataluña. Presidencia de la Generalitat de Catalunya. *BOE* 11 de marzo de 2003, nº 60; *DO Generalitat de Catalunya* 20 de febrero de 2003, nº 3826.
- Ley 29/2002, de 30 de diciembre CÓDIGO CIVIL. Primera Ley del Código Civil de Cataluña. Presidencia de la Generalitat de Catalunya. *BOE* 6 de febrero de 2003, nº 32, *DO Generalitat de Catalunya* 13 de enero de 2003, nº 3798.

C) Illes Balears

- Ley 5/2003, de 4 de abril. Ley de Salud de las Illes Balears. Presidencia del Gobierno de las Illes Balears. *BOE* 8 de mayo de 2003, nº 110; *BO Illes Balears* 22 de abril de 2003, nº 55.

D) Junta de Castilla y León

- Ley 5/2003, de 3 de abril. Atención y protección a las personas mayores de Castilla y León.- Presidencia de la Junta de Castilla y León. *BOE* 6 de mayo de 2003, nº 108; *BO Castilla y León* 8 de abril de 2003, nº 67.
- Ley 3/2003, de 28 marzo. Ley de Universidades de Castilla y León. Presidencia de la Junta de Castilla y León. *BOE* 23 de abril de 2003, nº 97; *BO Castilla y León* 4 de abril de 2003, nº 65.

E) Principado de Asturias

- Ley 1/2003, de 24 de febrero. ASISTENCIA SOCIAL. Servicios Sociales. Presidencia del Principado de Asturias. *BOE* 10 de abril de 2003, nº 86; *BO del Principado de Asturias* 8 de marzo de 2003, nº 56.

COMENTARIOS DE URGENCIA ACERCA DEL PROYECTO DE 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

(*) El texto completo del Proyecto se puede consultar en la web de Extranjería (www.reicaz.es/extranjeria)

PASCUAL AGUELO NAVARRO
Abogado, Responsable de la Web de Extranjería
del R. e I. C. A. Zaragoza

Se trata de ofrecer unas consideraciones de urgencia que sirvan de Guía orientativa que ayude a favorecer y sistematizar el estudio y análisis de tan importante contrarreforma.

I. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Objetivos declarados	Comentarios que sugieren:
<p>a) Mejora de la gestión:</p> <ul style="list-style-type: none">• Simplificación de los trámites administrativos, y la del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros en España.• Determinación de los tipos de visado y los efectos de los mismos.• Lucha contra el uso fraudulento de los procedimientos administrativos de gestión en esta materia, con el fin de favorecer la inmigración legal y la integración de los extranjeros que, de esta manera, accedan y residan en nuestro territorio.	<p>Del examen del articulado no se alcanza a ver reflejada la anunciada simplificación administrativa.</p> <p>En realidad, no parece que los trámites administrativos vayan a agilizarse como sería deseable. Por el contrario mucho nos tememos que la obsesiva preocupación que sobresale en todo el texto del Anteproyecto por lo que se denomina “inmigración ilegal” provoque unas prácticas administrativas poco acordes con la deseada finalidad. El control policial, la regulación de la extranjería como régimen expreso de sujeción especial administrativa no anuncian una pacífica y aligerada gestión administrativa.</p> <p>El objetivo de favorecer la inmigración legal y la integración de los extranjeros dadas las medidas</p>

Pascual Aguelo Navarro

II

	<p>anunciadas, fundamentalmente en las <i>disposiciones adicionales tercera y cuarta</i> mucho nos tememos se convierta en un importante instrumento jurídico-administrativo generador de una creciente irregularidad.</p>
<p>b) Reforzamiento y, en definitiva, la mejora de los medios e instrumentos sancionadores previstos en la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, para luchar contra la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos.</p> <ul style="list-style-type: none"> • En este sentido, se potencia la colaboración con las compañías de transportes en orden a contar con mayor información sobre las personas que vayan a ser trasladadas hasta el territorio español. Dicha información servirá para mejorar el fortalecimiento de los instrumentos disponibles para garantizar la seguridad en los transportes internacionales, especialmente los aéreos. • Se refuerzan los procedimientos de devolución de extranjeros que acceden ilegalmente a nuestro país, y se extienden las conductas tipificadas como infracciones graves a todas las personas que, con ánimo de lucro, induzcan, favorezcan, o faciliten la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino a España, o su permanencia en nuestro país. 	<p>No parece que el objetivo de garantizar la seguridad en los transportes aéreos internacionales tenga mucho que ver con la obligación de los transportistas de comunicar las listas de pasajeros, a no ser que se cometa el tremendo error de equiparar a potenciales inmigrantes con terroristas o delincuentes internacionales. En realidad supone una vuelta de tuerca que convierte a las compañías transportistas privadas en cuasi encargadas del control de frontera. Las obligaciones impuestas no casan tampoco con la realidad económica española de país de servicios turísticos y no puede olvidarse que los desplazamientos turísticos de ciudadanos iberomaericanos (cerca de un millón de turistas anuales) ofrecen unas cifras nada despreciables. En realidad supone el endurecimiento de las condiciones de entrada en la fortaleza europea.</p> <p>Las redes solidarias, ONG, asesores, son puestos bajo sospecha y pueden quedar bajo el ámbito sancionador de la Ley.</p>
<p>c) Incorporación de las disposiciones aprobadas por la Unión Europea:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tasas correspondientes a la expedición de visados. Se incorporan las previsiones contenidas en la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000, que modifica la parte VII y el anexo 12 de la Instrucción Consular Común, así como el anexo 14.a) del Manual Común. • Sobre sanciones a transportistas (Directiva 2001/51/CE, de 28 de junio, por la que se completan disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen). 	<p>Es uno de los pocos motivos reales que justificaría la modificación (Tasas).</p> <p>Las sanciones a transportistas van bastante más lejos que las previsiones contenidas en el Convenio Schengen y no justifican a nuestro entender las modificaciones del Anteproyecto.</p> <p>El reconocimiento de las resoluciones de expulsión sin control judicial y con un evidente deterioro del derecho de defensa, puede conducir a una merma insostenible de garantías jurídicas y derecho de recurso.</p>

Comentarios de urgencia acerca del proyecto de modificación de la LO 4/2000

II

<ul style="list-style-type: none"> • Reconocimiento mutuo de las resoluciones de expulsión, (Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países) para impedir que aquellos extranjeros sobre los que hayan recaído éstas en cualquier Estado de la Unión, puedan intentar evitarlas trasladándose a otro Estado. (Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, a cuyo fin se perfecciona un conjunto de tipos sancionadores previstos en la Ley). 	<p>En general, la invocación a una pretendida adaptación de las normativa española a las Directivas y Reglamentos Comunitarios serviría de espléndida coartada para una nueva contrarreforma de la Ley de Extranjería 4/2000, original, que de este modo aparece irreconocible.</p>
<p>d) Las incorporaciones al texto de la Ley Orgánica 4/2000 modificada por la Ley Orgánica 8/2000, derivadas de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2003, relativas a la necesaria regulación, en la citada Ley Orgánica, de determinados preceptos del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.</p>	<p>Resultaba evidente que el Gobierno trataría de adaptar la Ley al Reglamento. La declaración de ilegalidad de trece de los artículos del Reglamento anunciaba esta modificación. El poder ejecutivo pretende introducir un duro correctivo al Parlamento, a modo de trágala jurídica, amparado en la mayoría absoluta, con claro desprecio del principio de legalidad.</p>

II. SU ESTRUCTURA ORGÁNICA

La presente Ley Orgánica contiene:

<p>a) Cuatro artículos.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El artículo segundo se limita a recoger una modificación en la disposición derogatoria única de la antedicha Ley Orgánica 8/2000. • El artículo tercero modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, a los efectos de perfeccionar la información contenida en el Padrón Municipal relativo a los extranjeros empadronados. • El artículo cuarto introduce una nueva disposición adicional en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con la finalidad de incorporar en el texto de esta Ley, con carácter expreso, una remisión a la
-----------------------------	--

Pascual Aguelo Navarro

II

	Ley Orgánica 4/2000, para que a los procedimientos regulados en ésta se les apliquen las peculiaridades procedimentales que en la misma se introducen con carácter novedoso.
b) Una disposición adicional única.	
c) Una disposición transitoria única.	
d) Tres disposiciones finales.	

III. MODIFICACIONES MÁS IMPORTANTES

A) Tarjeta de identidad

Obligación de proveerse de una tarjeta de identidad de extranjero, como documento acreditativo de la autorización administrativa para residir, adaptando así nuestra normativa al Reglamento 1030/2002, del Consejo, de 13 de junio.

Comentario: Se establece como documento acreditativo la Tarjeta de identidad de extranjero, evitando así hablar de permiso, tarjeta, NIE, etc.

MUY IMPORTANTE: Tener en cuenta que la solicitud de la tarjeta deberá hacerse personalmente. A lo largo de todo el texto se impone en varias ocasiones esta obligación de comparecencia personal.

B) Reagrupación familiar

- “Reagrupaciones en cadena”, se ha incorporado a la Ley Orgánica, como presupuesto para el ejercicio de dic[ho] derecho por parte de un residente que lo fuese en virtud de una previa reagrupación, el que éste sea titular de una autorización de residencia independiente, así como determinados requisitos concretos para el ejercicio de la reagrupación familiar en el caso de ascendientes previamente reagrupados.
- Igualmente se precisan los supuestos en los que los cónyuges e hijos reagrupados puedan acceder a una autorización de residencia independiente, para lo que en todo caso se exigirá que cuenten con una previa autorización para trabajar.

Comentario: Adaptar la Ley 4/2000, al Reglamento de ejecución. El Tribunal Supremo había declarado ilegal la previsión reglamentaria que limitaba el derecho de reagrupación de las personas reagrupadas. La reforma, a través de la modificación de los artículos 17, 18 y 19 eleva a rango legal las restricciones reglamentarias y da un paso más al hacer depender “siempre” la autorización independiente del familiar reagrupado de la obtención de una autorización para trabajar.

Comentarios de urgencia acerca del proyecto de modificación de la LO 4/2000

II

C) Materia de visados

- El visado, una vez que el extranjero ha entrado en España, le habilita para permanecer en la situación para la que la ha sido expedido.

Comentario: Se diferencia expresamente entre *visado de residencia* y *visado de residencia y trabajo*. Efecto directo respecto de la situación, pero obligación de solicitar la Tarjeta de Identidad bajo advertencia de incurrir en el supuesto nuevo del artículo 53 que puede conllevar la expulsión del territorio nacional.

D) Situaciones

Comentario: Se suprime expresamente la regulación expresa de la regularización individual transcurridos un determinado número de años de estancia irregular, dejando al desarrollo reglamentario la determinación de los supuestos de concurrencia de circunstancias excepcionales de arraigo, humanitarias u otras. Se insiste en la consideración de estancia de la situación del estudiante y la limitación para la realización de actividades laborales.

E) Indocumentados

- Se reforma la regulación de los supuestos en los que procederá la documentación de Extranjeros indocumentados.

Comentario: Se introducen dos graves limitaciones a la documentación, la concurrencia de las omnipresentes circunstancias excepcionales y no tener prohibida la entrada en territorio español.

F) Trabajo

Comentario: Se mantienen todas las limitaciones existentes en la actual regulación, añadiéndose algunas muy importantes por la vía de las disposiciones adicionales, que establecen la obligación de presentación personal de las solicitudes de permisos y visados.

G) Tasas

- Igualmente, se incorporan las pertinentes modificaciones para introducir las precisiones que, en materia de tasas, recoge la mencionada Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2001.

H) Infracciones y sanciones

- En materia de infracciones y su régimen sancionador, se han incorporado modificaciones encaminadas a dotar al ordenamiento jurídico con mayores instrumentos para luchar contra la inmigración ilegal.

Comentario: En materia de infracciones se concreta que el hecho de carecer de autorización de residencia es causa de posible expulsión [artículo 53. a)], por contra se mantiene la confusión de si el tipo incluye la entrada ilegal consumada. Se incluye un nuevo supuesto infractor, incumplir la obligación de solicitar en el plazo establecido la Tarjeta de Identidad de Extranjero, cuando proceda.

Se pretende incluir las actividades individuales de favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina o su permanencia en territorio español, pudiendo incluirse en este supuesto redes solidarias, ONG, asesores.

I) Devolución e internamiento

Comentario: Reforma la Ley adaptándola al Reglamento de ejecución, contemplando expresamente el internamiento en cualesquiera de los supuestos de devolución, ésta era una situación denunciada por la STS de 20 de marzo de 2003.

J) Centros de Internamiento

- En relación con los Centros de internamiento, se incluye en la Ley Orgánica un nuevo apartado dedicado a regular el régimen interno de dichos Centros, garantizando el derecho de comunicación de los internos.

Comentario: Se amplía la limitación de los derechos de los internos privados de libertad a la de comunicaciones y otras que puedan derivarse de las normas de funcionamiento de los Centros.

K) Ejecución de la expulsión

Comentario: En el artículo 64.3 se contempla una decisión inmediata, de plano en aquellos supuestos en que se hubiese dictado una resolución de expulsión por otro Estado de la UE, sin audiencia, ni control judicial. Puede suponer una insoportable merma del derecho de defensa y consiguientes garantías jurídicas y derecho de recurso del expulsado.

L) Compañías de transporte

- Por lo que se refiere a las compañías de transporte, se incorporan obligaciones al objeto de conocer la información de los pasajeros que vayan a ser trasladados a España antes de su partida del

Comentarios de urgencia acerca del proyecto de modificación de la LO 4/2000

II

país de origen, así como sobre aquellos pasajeros que no abandonen el territorio español en la fecha prevista en el billete de viaje.

- También se incluyen modificaciones para adaptar este título a las obligaciones derivadas de las directivas aprobadas por la Unión Europea sobre sanciones a transportistas y reconocimiento mutuo de resoluciones de expulsión.

Comentarios: Las previsiones sancionadoras respecto de los transportistas privados los convierte en cuasi encargados del control de fronteras. Impone el deber de comunicación de las listas de pasajeros, la efectividad de los viajes de regreso, etc. en fin, parece querer convertir en una auténtica fortaleza el espacio europeo. Y convierte en objetivo principal de la reforma la restricción de entrada de los nacionales iberoamericanos, principales clientes de los transportes aéreos.

M) Disposiciones adicionales

- Se contempla, con carácter general, la *personación del interesado* en la presentación de solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo, que deberán realizarse en los registros de los órganos competentes para su conocimiento.
- Colaboración entre Administraciones Públicas en materia de extranjería e inmigración, habilitando el acceso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a determinada información de la que dispongan otros órganos de la Administración del Estado, entre otros los *datos del Padrón*.
- Se incorporan a la Ley los documentos acreditativos de la identidad de los extranjeros que deben constar en su inscripción padronal.
- *También se introduce una habilitación genérica de acceso al Padrón Municipal a favor de la Dirección General de la Policía* con el objeto de mejorar el ejercicio de las competencias legalmente establecidas sobre el control y la permanencia de los extranjeros en España.

Comentario: Mucho nos tememos que las medidas anunciadas, fundamentalmente en las disposiciones adicionales tercera y cuarta, en lugar de conseguir el objetivo de favorecer la inmigración legal, se conviertan en un importante instrumento jurídico-administrativo generador de una creciente irregularidad.

El intento de generalización de las solicitudes personales, la puesta bajo sospecha de los trámites realizados por los extranjeros, puede hacer surgir la hipótesis de la solicitud-trampa, ya conocida en el pasado, consistente en consumir la expulsión de los inmigrantes que se dirigen personalmente a las dependencias administrativas en busca de vías normalizadoras.



EUROPA EN BREVE

INFORMACIÓN SEMANAL DE LA DELEGACIÓN EN BRUSELAS (*)

(Selección)

Libre circulación de personas

El Parlamento Europeo ha aprobado, durante la última sesión plenaria, y en el marco del procedimiento de consulta, la iniciativa de España con vistas a la adopción de un Reglamento por el que se modifican las normas de Schengen relativas a la expedición de visados en frontera. Asimismo, ha aprobado la propuesta de Reglamento por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. Por otro lado, ha dado luz verde, en primera lectura de codecisión, a la propuesta de Directiva relativa al derecho de los ciudadanos de la UE y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como, en procedimiento de consulta, a 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. (17 de febrero de 2003).

Sistema de información Schengen

Las partes desclasificadas del Manual Sirene han sido publicadas en el *DOCE* (C 38/1 de 17-2-2003). La Decisión relativa a la desclasificación de determinadas partes del Manual Sirene (adoptado por el Comité Ejecutivo establecido por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985) fue tomada de 14 de octubre de 2002. Por medio del sistema Sirene ("Solicitud de información adicional al puesto fronterizo de entrada") las autoridades policiales de un país pueden pedir información complementaria sobre una persona que esté registrada en el Sistema de información de Schengen (SIS) de otro país. (17 de febrero de 2003).

Solicitud de asilo

El Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país ha sido publicado en el *DOUE* (25-2-2003 L 50/1). El Reglamento permite la tramitación conjunta de las solicitudes de asilo de los miembros de una misma familia por un único Estado

(*) 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*.

miembro. Los Estados miembros podrán no aplicar los criterios de responsabilidad con el fin de permitir la reunificación de los miembros de una familia cuando resulte necesario por motivos de carácter humanitario.

(24 de febrero de 2003).

Sentencia sobre asistencia médica en el extranjero

El Tribunal de Justicia ha dictado sentencia en el asunto C-326/00, *Idryma Koinonikon Asfaliseon* (IKA) contra *Vasileios Ioannidis* por la que se pronuncia en materia de asistencia, médica recibida en el extranjero. De este modo, establece que un Estado miembro no puede supeditar la asunción de gastos médicos de un pensionista que se encuentre de visita en otro Estado miembro ni a una autorización ni al requisito de que la enfermedad que padece el interesado se haya manifestado repentinamente. En opinión del Tribunal de Justicia, el derecho a las prestaciones en especie que el Reglamento nº 1408/71 garantiza a los pensionistas no puede en particular limitarse únicamente a los casos en que la asistencia resulte necesaria debido a una enfermedad repentina. Si la institución del lugar de estancia se ha negado erróneamente a asumir las prestaciones y si la institución del lugar de residencia no ha contribuido como es su deber a facilitar dicha asunción, el asegurado está autorizado a obtener directamente de la institución del lugar de residencia el reembolso de la asistencia que tuvo que sufragar. Este reembolso no puede además supeditarse ni aun procedimiento de autorización ni a la exigencia de que la enfermedad haya sobrevenido repentinamente.

(24 de febrero de 2003).

Expedición de visados en la frontera

El Consejo de la UE ha aprobado el Reglamento sobre expedición de visados en frontera, incluidos los de marinos en tránsito. El Reglamento pretende aclarar y actualizar las normas para la expedición de visados en la frontera a los marinos en tránsito, en particular para que puedan expedirse en las fronteras visados colectivos de tránsito a los marinos que son de la misma nacionalidad y viajan en grupos, siempre que el período de tránsito sea limitado.

(3 de marzo de 2003).

Estatuto de Refugiado

Los ministros de Justicia e Interior han estudiado algunos artículos (artículos 20 al 38) de la propuesta de Directiva por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional. Los artículos estudiados hacen referencia a las condiciones mínimas que los Estados miembros deben garantizar a aquellos que se benefician de protección internacional. El Consejo de la UE, que el pasado 28 de noviembre de 2002 alcanzó un acuerdo sobre los primeros artículos de la propuesta, espera lograr un acuerdo político sobre el conjunto de la Directiva antes de junio de 2003.

(3 de marzo de 2003).

Europa en breve

III

Derecho a la reunificación familiar

El Consejo de Justicia e Interior de la UE ha alcanzado un acuerdo político sobre la Propuesta de Directiva del Consejo sobre el Derecho a la reunificación familiar. El objetivo de la Directiva es establecer las condiciones de entrada y residencia de los familiares de la persona que reside legalmente en el territorio de un Estado miembro, con el fin de preservar la unidad familiar. En función del acuerdo alcanzado, se concederá la reagrupación familiar al cónyuge, los hijos menores, y a los hijos menores del cónyuge. Por otro lado, los Estados miembros podrán exigir al reagrupante que haya permanecido legalmente en su territorio durante un período que no excederá de dos años, antes de que los miembros de su familia puedan reunirse con él.

(3 de marzo de 2003).

Admisión del cónyuge nacional de un tercer Estado en la Unión Europea

El Abogado General ha establecido en sus conclusiones (Asunto C-109/01 *Secretary of State for the Home Department contra Hacene Akrich*) que un nacional comunitario que ha ejercido la libre circulación de trabajadores tiene derecho, cuando regresa a su Estado de origen, a que su cónyuge se establezca con él en dicho Estado con independencia de su nacionalidad. No obstante, un Estado miembro puede denegar, alegando un interés nacional imperioso, la admisión de un cónyuge que es nacional de un tercer Estado y que no ha entrado en la UE con arreglo a la legislación en materia de inmigración de un Estado miembro. No son relevantes las intenciones con las que el trabajador y su cónyuge ejercen derechos derivados de la libre circulación de los trabajadores. El Sr. Akrich, un nacional marroquí casado con una nacional británica, ve denegada su admisión en el Reino Unido, debido a su comportamiento personal y con arreglo a la legislación británica en materia de inmigración. A pesar de ello y para poder establecerse con su esposa en ese Estado miembro, el Sr. y la Sra. Akrich residieron durante más de seis meses en Irlanda, país en el que la Sra. Akrich trabajó en un banco. A continuación, el Sr. Akrich intentó, invocando el Derecho comunitario, que se revocara la orden de expulsión vigente contra él en el Reino Unido.

(3 de marzo de 2003).

Reagrupación familiar

La comisión de Libertades y Derechos de los Ciudadanos, Justicia y Asuntos Interiores del Parlamento Europeo se pronunciará esta semana sobre el proyecto de informe relativo a la propuesta modificada de Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar. El Consejo de Justicia e Interior de la UE alcanzó la semana pasada un acuerdo político sobre esta Directiva, que pretende establecer las condiciones de entrada y residencia de los familiares de la persona que reside legalmente en el territorio de un Estado miembro, con el fin de preservar la unidad familiar.

(17 de marzo de 2003).

Obligación de visado

El Reglamento del Consejo, de 6 de marzo de 2003, por el que se modifica la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación ha sido publicada en el *DOUE* (13-3-2003 L 69/10). Ecuador ha sido incluido en la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores.

(17 de marzo de 2003).

Informe sobre la inmigración en la Unión Europea

Un reciente informe financiado por la UE recoge en sus conclusiones que no existe ninguna relación causa efecto entre la inmigración, la delincuencia y el empleo. Asimismo, se demuestra que la existencia de una importante economía subterránea puede fomentar la inmigración, y que los inmigrantes tienen tendencia a aceptar empleos marginales que los nacionales rechazan, y en este sentido, si la inmigración disminuyese, la UE se enfrentaría a una importante falta de mano de obra. El informe presenta los resultados obtenidos en 17 proyectos de investigación relativos a los movimientos migratorios en la UE. Para más información: <http://www.cordis.lu/citizens>.

(24 de marzo de 2003).

Política común de asilo

La Comisión Europea ha aprobado una Comunicación sobre la política común de asilo y la Agenda para un sistema de protección. La Comunicación hace referencia a la relación entre la creación de un sistema de asilo común europeo y la Agenda para las formas de protección aprobada en Ginebra en octubre de 2002. Asimismo, contiene diversas reacciones al CEDH e ideas para modernizar el sistema de protección internacional junto a determinadas recomendaciones. Esta Comunicación constituye el segundo informe para la implementación de la Comunicación de 22 de noviembre de 2002 titulada "Hacia un procedimiento de asilo común y un estatuto uniforme, válido en toda la Unión, para las personas a las que se concede asilo".

(31 de marzo de 2003).

Debate de los artículos del espacio de libertad, seguridad y justicia

Durante el debate sobre el proyecto de artículos relativos al espacio de libertad, seguridad y justicia del futuro Tratado de la UE, realizado en el seno de la Convención Europea, la mayoría de los intervinientes han subrayado la importancia de este ámbito para la opinión pública europea que espera una mayor eficacia por parte de la UE en la lucha contra la criminalidad transfronteriza y la inmigración clandestina. No obstante, los miembros de la Convención se mostraron divididos en cuanto a la posibilidad de crear una Fiscalía Europea a corto plazo. Por otro lado, una mayoría de miembros de la Convención, a favor de una comunitarización de las políticas en este ámbito,

Europa en breve

III

han criticado que se pretenda mantener ciertos elementos de naturaleza intergubernamental. Asimismo, un nº elevado de representantes de los países candidatos han mostrado su apoyo a la idea de una guardia de fronteras europea. La ficha de análisis de las enmiendas a los artículos se puede consultar en: <http://register.consilium.eu.int/pdf/es/03/cvoo/cvoo644es03.pdf>.
(7 de abril de 2003).

Lucha contra la inmigración ilegal

La Iniciativa de España con vistas a la adopción de una Directiva del Consejo sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas ha sido publicada en el DOUE (C 82/23 de 5-4-2003). Con objeto de luchar eficazmente contra la inmigración ilegal, resulta esencial que todos los Estados miembros cuenten con un sistema para determinar las obligaciones de los transportistas que trasladan a nacionales de terceros países al territorio de los Estados miembros. Para garantizar una mayor eficacia de dicho objetivo, conviene asimismo armonizar las sanciones pecuniarias previstas en los Estados miembros para el caso de incumplimiento de estas obligaciones.
(7 de abril de 2003).

Reagrupación familiar

El Parlamento ha aprobado, en el marco del procedimiento de consulta, la propuesta modificada de Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar. La Directiva establece algunas disposiciones mínimas comunes para que los inmigrantes residentes legales en la UE puedan acoger a su familia. En el texto aprobado por el Parlamento, el concepto de miembro de la familia incluye además a la pareja de hecho, independientemente del sexo, siempre que la legislación o la práctica del Estado de acogida les conceda un trato similar al que conceden a las parejas casadas. Asimismo, el Parlamento pide que el período máximo de espera para poder solicitar la agrupación familiar no exceda de un año.
(14 de abril de 2003).

Estadísticas en el ámbito del asilo y la inmigración

La Comisión ha publicado una Comunicación con objeto de presentar un Plan de Acción para la recogida y el análisis de estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración. El Plan de Acción prevé la adopción de nuevas prácticas, métodos estadísticos comunes y nuevas formas de cooperación, que preparará el terreno para el trabajo futuro, que contará con una base jurídica, actividades para incrementar el intercambio de información e impulsar la adopción de decisiones, cambios en los actuales sistemas de recogida de datos o bases de datos, y una Acción relacionada con el marco normativo y político.
(28 de abril de 2003).

Informe sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea

La red de expertos independientes en materia de Derechos fundamentales, creada por la Comisión Europea en 2002, ha presentado su primer informe sobre la protección de estos Derechos en la UE. Este primer informe se centra en las medidas adoptadas por los Estados miembros, tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, con el fin de combatir el terrorismo. El informe aboga por una extrema vigilancia para garantizar que las medidas adoptadas no atenten contra los Derechos fundamentales. El informe critica las condiciones de detención que se dan en los centros penitenciarios de los Estados miembros y subraya la necesidad de que se informe a los extranjeros detenidos, de manera completa, sobre sus derechos, ya sea en el momento de su entrada en el territorio o antes de su expulsión. Asimismo, advierte de que la creación de “listas negras” conlleva un elevado riesgo de exclusión social. Por otro lado, en el informe se señala que la legislación de los diversos Estados miembros está evolucionando de manera muy distinta frente a las formas modernas de esclavitud (esclavitud doméstica, trabajo clandestino o prostitución).

(5 de mayo de 2003).

Fondo Europeo para los refugiados

Fondo Europeo para los Refugiados 2000-2004. Convocatoria de propuestas 2003. Acciones comunitarias (DOUE C 106/07, 3-5-2003). El objetivo del Fondo Europeo para los Refugiados consiste en apoyar y fomentar los esfuerzos realizados por los Estados miembros para acoger a los refugiados y personas desplazadas y hacer frente a las consecuencias de esta acogida. La presente convocatoria de propuestas tiene por objeto proporcionar un respaldo financiero para la ejecución de acciones destinadas a la consecución de los objetivos generales siguientes: contribuir al análisis y a la evaluación de la situación en los Estados miembros, contribuir a desarrollar las capacidades de los actores, y promover y difundir las mejores prácticas a nivel nacional y comunitario entre los expertos y los creadores de opinión. Las propuestas deben remitirse antes del 13 de junio de 2003 a Mr. Jean-Louis de Brouwer, Comisión Europea. DG de Justicia e Interior. Unidad A/2 — Inmigración y asilo. LX46 — 6/50. B-1049 Bruselas.

(5 de mayo de 2003).

Estatuto de nacionales de terceros países en la UE

El Consejo de la UE debatió la Propuesta de Directiva por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países y apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional, y a su estatuto, con vistas a alcanzar un acuerdo político en la próxima reunión de los días 5 y 6 de junio de 2003. Asimismo, los ministros debatieron el Proyecto de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, con intención de alcanzar un acuerdo político en la misma reunión anteriormente señalada.

(12 de mayo de 2003).

Europa en breve

III

Trata de seres humanos

El Consejo de la UE ha aprobado la Declaración de Bruselas sobre prevención y lucha contra la trata de personas, realizada en la Conferencia Europea sobre prevención y lucha contra la trata de personas –un desafío mundial para el siglo XXI– de los días 18 a 20 de septiembre de 2002. El Consejo ha instado a los Estados miembros a que consideren prioridades de sus políticas los siguientes puntos: garantizar que se adopten medidas adecuadas de modo que, si se detectan prácticas ilegales relacionadas con la trata de personas, por ejemplo a través de oficinas de empleo o de agencias de viaje, se les pueda imponer sanciones adecuadas; intensificar la cooperación judicial y policial con los terceros países pertinentes limítrofes de la UE; y continuar desarrollando medidas de apoyo apropiadas para proteger a las víctimas de la trata y, en particular, a las mujeres y los niños.

(12 de mayo de 2003).

Programa ARGO. Asilo e inmigración

El Programa de trabajo y convocatoria de propuestas anuales 2003 –ARGO–, ha sido publicado en el DOUE (C 111/2 de 9-5-2003). ARGO es un programa de acción para la cooperación administrativa en el ámbito de las políticas de asilo, inmigración, visados y fronteras exteriores. Este programa de acción cubre el período comprendido entre 2002 y 2006. El presupuesto para el año 2003 es de 8 millones de euros. Las solicitudes deben enviarse, antes del 27 de junio de 2003, a: Comisión Europea. Dirección General de Justicia e Interior. Unidad A/2: Inmigración y Asilo. Sr.J-L De Brouwer (LX-46,6/54). B-1049 Bruselas.

(12 de mayo de 2003).

Condiciones de trabajo. Discriminación por nacionalidad

El TJCE ha establecido en una sentencia (Asunto C-438/00 *Deutscher Handballbund e.V./Maros Kolpak*) que el Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia se opone a la aplicación de las normas adoptadas por una federación deportiva según las cuales los jugadores eslovacos no tienen más que una posibilidad limitada de participar en los partidos de Liga y de Copa de la Liga federal y de las Ligas regionales. El TJCE describe el alcance del principio de no discriminación y recuerda que la prohibición de cualquier discriminación basada en la nacionalidad se aplica sólo a los trabajadores eslovacos que ya estén legalmente contratados en el territorio de un Estado miembro y únicamente por lo que se refiere a las condiciones de trabajo, de remuneración o de despido. No se extiende a las normas nacionales relativas al acceso al mercado de trabajo. El TJCE concluye que una norma como la adoptada por el *Deutscher Handballbund* se refiere a las condiciones de trabajo y que el hecho de que los jugadores eslovacos no dispongan más que de una posibilidad restringida, en relación con los jugadores nacionales de Estados miembros del EEE, de participar en determinados encuentros provoca una discriminación prohibida por el Acuerdo de asociación.

(12 de mayo de 2003).

Atención médica en otro Estado miembro

EL TJCE ha establecido en una sentencia (Asunto C-385/99 *Müller-Fauré/Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen* y *Van Riet/Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen*) que el principio de la libre prestación de servicios se opone a la normativa neerlandesa que exige una autorización previa en caso de asistencia no hospitalaria dispensada en otro Estado miembro por un prestador no concertado. Por el contrario, en caso de asistencia hospitalaria está justificada la exigencia de una autorización previa.
(12 de mayo de 2003).

Discriminación indirecta

El Defensor del Pueblo Europeo ha solicitado a la Comisión Europea que vuelva a examinar una denuncia sobre un caso de posible discriminación, al considerar que no ha justificado suficientemente su decisión de rechazo de la misma. La denuncia hace referencia a un ciudadano alemán que realizó sus estudios en Suecia y al que una compañía de telecomunicaciones solicitó una fianza para poder abonarse. Los ciudadanos suecos están exentos de esta fianza al tener un nº de seguridad social. El estudiante considera que se trata de un caso de discriminación indirecta. La Comisión rechazó la argumentación considerando justificada la solicitud de fianza.
(19 de mayo de 2003).

Estadísticas en el ámbito de la inmigración

La Comisión Europea ha adoptado una Comunicación titulada “Plan de Acción para la recogida y el análisis de estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración”. La Comunicación presenta un Plan de Acción, que ya está en curso, dirigido al desarrollo y a la mejora de las estadísticas comunitarias y de su análisis en el ámbito del asilo y la migración. Asimismo, se propone un debate sobre la forma y los principios fundamentales de la legislación que se pueda adoptar en el futuro para respaldar cualquier trabajo estadístico en este ámbito.
(19 de mayo de 2003).

Orden de detención y entrega europea

La Propuesta de posición común del Consejo relativa a la notificación al Consejo de Europa, (en aplicación del apartado 3 del artículo 28 del Convenio de Extradición de 13 de diciembre de 1957), de la aplicación por parte de los Estados miembros, en sus relaciones mutuas, de la orden de detención europea, ha sido publicada por la Comisión. De conformidad con lo dispuesto en el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, a más tardar a partir del 1 de enero de 2004, los Estados miembros de la UE regularán sus relaciones mutuas en materia de extradición exclusivamente sobre la base de las disposiciones de la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros y no sobre la base de dicho Convenio.
(19 de mayo de 2003).

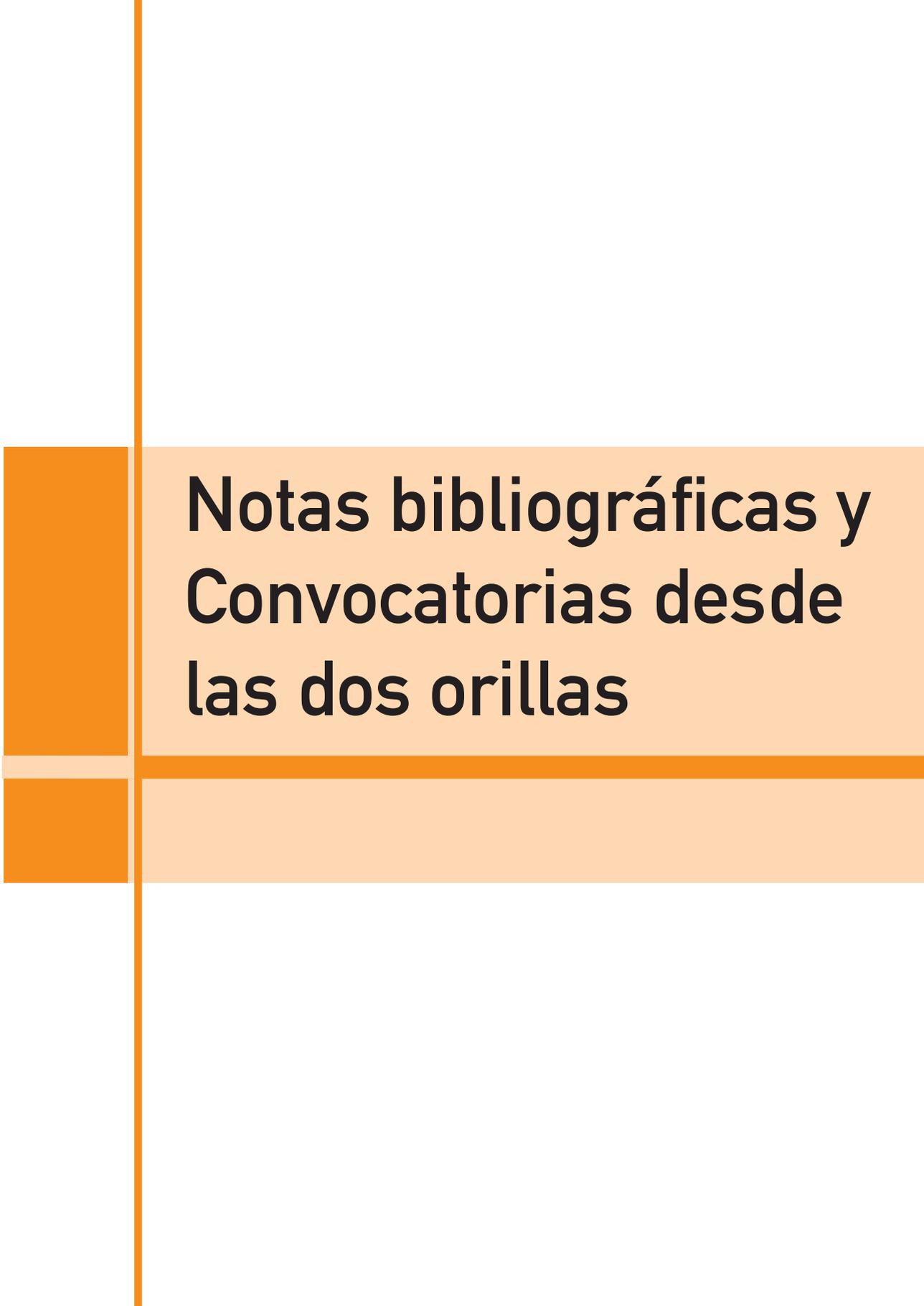
Europa en breve

III

Red de consulta Schengen

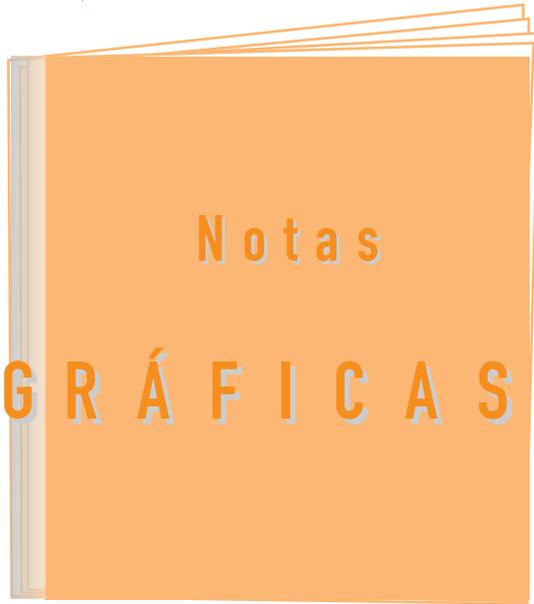
La Decisión del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, sobre desclasificación de la red de consulta Schengen (especificaciones técnicas) ha sido publicada en el *DOUE* (L 116/22 de 13-5-2003). El documento desclasificado establece, entre otros, los principios con arreglo a los cuales debe aplicarse el procedimiento informatizado para la consulta, a efectos de la expedición de visados, de las autoridades centrales.

(19 de mayo de 2003).

The image features a decorative design with a vertical orange line on the left side and horizontal orange bands. The top band is light orange, the middle band is a darker orange, and the bottom band is light orange. The text is centered in the middle band.

Notas bibliográficas y Convocatorias desde las dos orillas

BIBLIOGRÁFICAS



- AGUELO NAVARRO, P.: *La reforma de la Ley de Extranjería*, Heraldo de Aragón de 2 de junio de 2003, Zaragoza.
- AGUILAR, J.R. y FILOMENO, V.: (eds.), *Filipinos in global migrations: at home in the world?*, UNESCO/MOST, París 2002, 451 pp.
- ALEINIKOFF, T.A. y CHETAIL, V.: (eds.), *Migration and international legal norms*, IOM, Ginebra 2003, 382 pp.
- ALARCÓN MOHEDANO, I.: *Derecho de extranjería. Práctica administrativa y jurisdiccional*, Dykinson, Madrid, 2002.
- APARICIO GÓMEZ, R.: *El Estado de bienestar y la inmigración en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002.
- CALVO BABÍO, F.: *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Dykinson, Madrid, 2003.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a A.: *Legislación sobre nacionalidad y extranjería. Comentada y con jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2002.
- *Sistema español de derecho de nacionalidad y extranjería*, Diego Marín, Librero-Editori, Murcia, 2002.
- CHUECA SANCHO, A.G.: *El Derecho Internacional Público en la práctica: Textos*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza 2003, 471 pp.
- DÍAZ ULTRA, T.: *Formularios de Extranjería* (Incluye CD-Rom), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, R.: *Ley y Reglamento de Extranjería*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2002.
- FUENTES MAÑAS, J.B.; ROBLES ALMECIJA, J.M. y TRINIDAD GARCÍA, M^a L.: *Guía jurídica de extranjería, asilo y ciudadanía de la Unión*, Comares, Granada, 2002.
- HOMMES & LIBERTÉS. La Ligue des droits de l'homme sait qu'entre ses différents combats (notamment: contre le racisme et pour la liberté d'expression) existe une tension irréductible. Elle consacre un dossier à cette question. (n^o 121, trimestriel, janvier-mars, 138, rue Marcadet, 75018 Paris.)

Notas bibliográficas

- LAURENZO COPELLO, P.: *Inmigración y Derecho Penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- LEÓN VILLALBA, F.J. de: *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- LÓPEZ MUÑOZ, M^a J.: "La incidencia de la jurisdicción en el procedimiento de expulsión de extranjeros que hayan cometido delitos en España", *La Ley, Doctrina*, n^o 22, semana del 26 de mayo al 1 de junio de 2003.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *Inmigración y asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Colex, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ ATIENZA, G.: *Ley y Reglamento de Extranjería. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, concordada con la Ley de 1985 y los reglamentos de 1986, 1996 y 2001. Disposiciones normativas. Jurisprudencia. Comentarios doctrinales*, Colex, Madrid, 2002.
- MIGRATIONS SOCIÉTÉ. *Un dossier sur les migrations maghrébines, avec une multitude d'études de cas.* (Vol. 15, n^o 86, mars-avril, 10 €. - 46, rue de Montreuil, 75011 Paris.)
- NOUVEAU CAHIER JURIDIQUE: *Les visas en France*, Mai 2003, 96 pages.
- NYS, N.: *L'Immigration familiale à l'épreuve du droit (Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale)*, Bruylant, Bruselas 2002, 684 pp.
- OECD: *Trends in international migration: SOPEMI 2002 Edition*, París 2003, 410 pp.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM): *Migraciones en el mundo 2003. Gestión de la Migración. Movimientos de Personas. Desafíos y Respuesta. Informe sobre las Migraciones en el Mundo*, Ginebra 2003, 210 pp.
- PALOMAR OLMEDA, A.: *Régimen jurídico de los extranjeros. Aspectos jurídico-administrativos sobre la ley y el reglamento de extranjería*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- QUERALT JIMÉNEZ, A.: *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- RUIZ LÓPEZ, B. y RUIZ VIEYTEZ, E.: *Las políticas de inmigración: la legitimación de la exclusión*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.
- SARTORI, G.: *Sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros (incluye apéndice actualizado sobre extranjeros e islámicos)*, Taurus, Madrid, 2002
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería. (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- TORNOS CUBILLO, A.: *Los inmigrantes y el mundo del trabajo*, Universidad Pontificia de Comillas, marzo 2003.
- VACARME: *Un entretien avec Nelcy Delanoë; table ronde: comment les militants peuvent-ils aborder la Commission européenne ? Où l'on constatera que les questions commerciales et les questions d'immigration ne relèvent pas du même «jeu» politique...* (N^o 23, printemps 2003, trimestriel, 9,20 € - 45, rue d'Aubervilliers, 75018 Paris).
- ZAPATA-BARRERO, R.: *Los turnos de los inmigrantes. Esferas de Justicia y Políticas de Acomodación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

Notas bibliográficas

El Convenio Europeo de Derechos humanos

J.A. CARRILLO SALCEDO
Tecnos, Madrid
2003

Por:

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Universidad de Zaragoza

Aparece ahora esta interesante obra que nos brinda el Prof. CARRILLO SALCEDO, uno de los mejores conocedores del Convenio Europeo de Estrasburgo, antiguo miembro de la ya desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos y también antiguo juez en el Tribunal de Estrasburgo.

En seis capítulos el autor aborda los aspectos más importantes de tan rica problemática de un modo actualizado, comprensible y completo. Además lo hace con una constante referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Tras estudiar el Convenio y los que denomina como "sus protocolos adicionales normativos", se centra en el mecanismo de garantía hoy unificado en el citado Tribunal Europeo. La legitimación activa y pasiva, los requisitos de admisibilidad de las demandas, la naturaleza, efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal son estudiados con rigor y claridad.

CARRILLO SALCEDO tampoco soslaya los problemas a los que se enfrenta ese Tribunal; problemas sintetizables en dos grandes apartados, el ingreso en el Consejo de Europa de Estados no demasiado democráticos (Rusia, en permanente violación de los DH en Chechenia, otros Estados nacidos de la disolución de la Unión Soviética) y en las miles de demandas presentadas por los particulares ante esta jurisdicción internacional.

Uno de los aspectos más destacables de esta monografía se halla en el capítulo V, dedicado a la interpretación que el Tribunal realiza de este tratado internacional y de sus protocolos adicionales. El principio de proporcionalidad, las obligaciones positivas de los Estados partes, la protección de derechos efectivos y no ilusorios y la protección indirecta de derechos no expresamente reconocidos en el Convenio constituyen el contenido de este capítulo.

El último capítulo lo dedica a una cuestión suscitada por el autor de esta reseña hace ya casi década y media: La adhesión de la Unión Europea al Convenio estudiado. En realidad, tal adhesión esconde una "guerra judicial", en la cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el Tribunal de Luxemburgo) no desea someter a la Unión a un patrón único y contrastado de derechos civiles y políticos.

En varios momentos el autor hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos en materia de extranjería, jurisprudencia de la cual esta REVISTA da cuenta anualmente.

A mi entender estamos ante una obra muy interesante, necesaria para conocer el sistema de protección de los derechos humanos estructurado en el Consejo de Europa; sistema que, como digo, en ocasiones afortunadamente también protege los derechos humanos de los extranjeros frente a algunos de los desmanes cometidos por los Estados.

IV Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre las migraciones

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Zaragoza
Mayo, 2003

Sumario:

I. Introducción. II. Políticas y prácticas de los Estados americanos en materia de inmigración. III. Discriminaciones de los trabajadores migratorios en el mercado laboral. IV. La visita *in loco* a Costa Rica. V. La visita *in loco* a Guatemala. VI. A modo de conclusión.

I. Introducción

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (de la Organización de los Estados Americanos) publicaba el 3 de abril de 2003 su "Cuarto Informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio"¹. Un amplio Informe que pone de manifiesto los principales aspectos que la inmigración suscita en América.

El informe es obra de Juan MÉNDEZ, Relator Especial de la OEA en la materia. Además de recoger las

principales actividades de la Relatoría, describe el panorama general de las políticas de los Estados americanos en la materia y las condiciones de discriminación que sufren los trabajadores migratorios en el mercado laboral. Por otro lado, gran parte del Informe se dedica a las visitas *in loco* a Costa Rica y Guatemala.

El hilo conductor del Informe serán los Derechos Humanos (DH). Su base jurídica parte de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes Humanos (de 1948) y de la Convención Americana sobre DH (1969).

Como parte de su labor, la Relatoría solicitaba a la Comisión Interamericana de DH que protegiera a un guatemalteco contra las acciones de su propio gobierno; el guatemalteco había recibido amenazas de muerte por su trabajo de promoción de los DH de los migrantes².

II. Políticas y prácticas de los Estados americanos en materia de inmigración.

Al analizar este apartado, el Informe pasa revista a temas de tanta trascendencia como los flujos migratorios, las remesas, la regularización y los DH de los inmigrantes.

En el primer aspecto, se destaca que el año 2000 había unos 20 millones de inmigrantes nacidos en América Latina y el Caribe; el 70% de esta inmigración se dirige a EEUU; pero también se realiza fuera del Hemisferio (hacia Europa) e incluso existe migración intrahemisférica (peruanos a Chile y Argentina, colombianos a Panamá, Venezuela e incluso Ecuador).

Las remesas enviadas por los inmigrantes suponen cantidades muy importantes para algunos Estados.

(1) Texto en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/cap.6.htm>.

(2) Párrafo 16; se trataba de Egón HIDALGO SALVADOR Y SALVADOR, que dirigía un albergue para migrantes de la orden de los scalabrinianos.

Notas bibliográficas

En concreto para El Salvador, Jamaica y Nicaragua suponen más del 10% de su producto interior bruto. Los mexicanos remitieron a su Estado desde USA en 2002 unos 9.200 millones de dólares, siendo la tercera fuente de ingresos para México después del petróleo y el turismo³.

Las regularizaciones de la situación de inmigrantes se producen con frecuencia mediante acuerdos bilaterales (USA-El Salvador, México-Guatemala, etc.). Recordando la existencia de los denominados “refugiados ambientales”, todavía en 2002 los USA prorrogaban –hasta julio de 2003– el Status Temporal Protegido a los ciudadanos de Honduras y Nicaragua afectados por el Huracán Mitch en octubre de 1998.

Por otro lado, los Estados del MERCOSUR (o sea, los 4 miembros –Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay–, más Chile y Bolivia que no son miembros) firmaron un acuerdo de libre circulación y residencia, que favorecerá a los trabajadores de esos Estados.

Por otra parte, el Informe revisa aspectos como el derecho de asilo, los derechos de la defensa de los inmigrantes, el derecho a la libertad personal, el derecho a la protección consular y la posibilidad del retorno asistido.

III. Discriminaciones de los trabajadores migratorios en el mercado laboral.

Muchas veces, la migración “representa una oportunidad única para mejorar sus condiciones de vida y su situación económica, así como para prodigar

mayores oportunidades de desarrollo a sus seres queridos”⁴. Pero la búsqueda de ese desarrollo deriva en numerosas ocasiones en una clara vulnerabilidad, en una inequívoca discriminación propiciada o al menos tolerada por los autoridades de los Estados de acogida.

En cualquier aproximación al fenómeno de las migraciones desde la perspectiva de los DH resulta básico el principio de no discriminación. Como señala el Informe, “el concepto de respeto universal de los DH está indisolublemente unido al principio de no discriminación”⁵. Por ello “el régimen internacional de DH ha sido creado y funciona sobre la premisa básica de la igualdad entre todos los seres humanos, por lo que todas las discriminaciones se encuentran precluidas en el mismo”⁶.

Por otra parte, la Comisión Interamericana de DH presentaba un escrito ante la Corte Interamericana de DH (en el desarrollo del proceso de la Opinión Consultiva OC-18, todavía no emitida por la Corte) en el que dicha Comisión señalaba que los trabajadores extranjeros deberían disfrutar al menos de “los derechos laborales fundamentales”: Prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, abolición del trabajo infantil, derecho al salario, derecho de asociación sindical y eliminación de la discriminación en el trabajo y el empleo⁷.

De todas las formas, la posición de la Comisión Interamericana de DH en esta materia dista mucho de la posición más sensata, asumida en la Convención internacional de 1990 sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares⁸.

(3) Párrafos 37-39.

(4) Párrafo 65.

(5) Párrafo 74.

(6) Párrafo 76.

(7) Párrafos. 102-114.

(8) Consultar en esta REVISTA, nº 2, el amplio y completo estudio de A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *La entrada en vigor de la Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 18 de diciembre de 1990*, pp. 9 y ss.

Notas bibliográficas

Resulta sin duda preferible el catálogo de derechos recogidos en este tratado internacional que el catálogo de “derechos fundamentales” propugnado por la Comisión Interamericana. Ello sucede por una triple razón:

1ª El primero es más amplio (cosa desde luego muy destacable) que el segundo;

2ª El hecho de establecer catálogos de “derechos fundamentales” dentro de los DH puede inducir a error sobre el concepto mismo de DERECHOS HUMANOS, y

3ª El hecho de establecer tales catálogos restrictivos genera prácticas estatales en las que –como mucho– se protegen tales derechos de los trabajadores migratorios y se violan de modo descarado y cínico los restantes DH de los mismos.

IV. La visita *in loco* a Costa Rica.

El Informe se centra asimismo en los resultados de la visita *in loco* que la Relatoría realizó en 2002 a Costa Rica⁹. De esta forma revisa el fenómeno migratorio en Costa Rica, principal país receptor de trabajadores migratorios en América Central. Destacan sobre todo los nicaragüenses, que constituyen entre el 7,5% y el 9% de la población total de Costa Rica.

El Informe destaca aspectos como las discriminaciones que sufren los trabajadores migratorios; como “el pueblo costarricense se percibe asimismo como homogéneo”¹⁰, ello dificulta la relación con los inmigrantes.

(9) Párrafos. 115-267.

(10) Párrafo 155.

El Informe repasa el derecho costarricense, la organización estatal en materia de extranjería, la acción de las ONG, etc.

Un punto crucial en la materia es el de las expulsiones; en ocasiones, sobre todo en zonas rurales, existen expulsiones colectivas¹¹. Además las expulsiones individuales muchas veces se realizan sin haber sido llevado el migrante ante ninguna autoridad migratoria (no ya judicial, sino ni siquiera administrativa).

Hay que resaltar asimismo otros sectores de la vida económica, en los cuales los migrantes padecen toda su vulnerabilidad, como la agricultura o el trabajo doméstico.

En las recomendaciones de la Relatoría destacan los tres aspectos siguientes:

1º Costa Rica debe cumplir sus compromisos internacionales relativos “al deber de no devolución (*non-refoulement*). La ejecución de acciones para garantizar la seguridad y combatir el terrorismo no debe incidir en la protección especial de los refugiados y las víctimas de la tortura”¹².

2º “Las decisiones de expulsión de personas extranjeras deben emanar de la autoridad competente”¹³, evitando pues la arbitrariedad en las mismas y las expulsiones colectivas.

3º “La Relatoría hace un llamado al gobierno de Costa Rica a tomar todas las medidas necesarias para mejorar las condiciones de detención administrativa de trabajadores migratorios y miembros de sus familias”¹⁴.

(11) Párrafo 198.

(12) Párrafo 258.

(13) Párrafo 260.

(14) Párrafo 265.

Notas bibliográficas

V. La visita *in loco* a Guatemala¹⁵.

Esta visita también resalta los aspectos sociales, económicos y jurídicos más importantes del fenómeno migratorio. Por ello, el Informe parte del nivel de pobreza de la población, afirmando que un 60,4% de la población (sobre todo indígena) vive por debajo de la línea de pobreza¹⁶.

Las migraciones de guatemaltecos a México tienen ya una larga experiencia y se explican por razones económicas, sociales y políticas. También existe una clara migración hacia EEUU y Canadá, reforzada por las redes de migrantes que ayudan a sus familiares. A la vez, Guatemala constituye un Estado de tránsito sobre todo de salvadoreños y hondureños.

La dinámica migratoria ha generado, como en el caso de otros Estados, un fenómeno preocupante como es el de la criminalización de la frontera, lugar donde se han establecido grupos y bandas dedicadas al tráfico de personas.

El Informe repasa asimismo la legislación guatemalteca y la organización institucional estatal, la acción de las ONG etc.

Un aspecto sobresaliente del Informe se refiere a la repatriación de emigrantes desde México a Guatemala; más de 140.000 fueron deportados el año 2001¹⁷. A veces se trata de guatemaltecos, a veces se trata de migrantes de otras nacionalidades; en muchos casos esas deportaciones se realizan bajo la premisa de que han entrado en territorio mexicano de manera irregular desde Guatemala.

Entre las 22 observaciones y recomendaciones pueden destacarse los tres aspectos siguientes:

1º Existe un grave problema de tráfico de personas;

2º La Relatoría expresa su preocupación por la excesiva duración de los procedimientos de expulsión, y

3º La Relatoría expresa su preocupación por el incremento del nº de muertes de inmigrantes y de personas extraviadas.

VI. A modo de conclusión.

El Informe rápidamente analizado pone de relieve numerosos problemas de los inmigrantes en América. Muchos de ellos son comunes con otras partes del mundo.

Destacan algunos aspectos como los referentes a la expulsión de personas, las detenciones de las mismas, el tráfico de personas (nueva y vieja esclavitud) y, sobre todo, el incremento del nº de personas fallecidas.

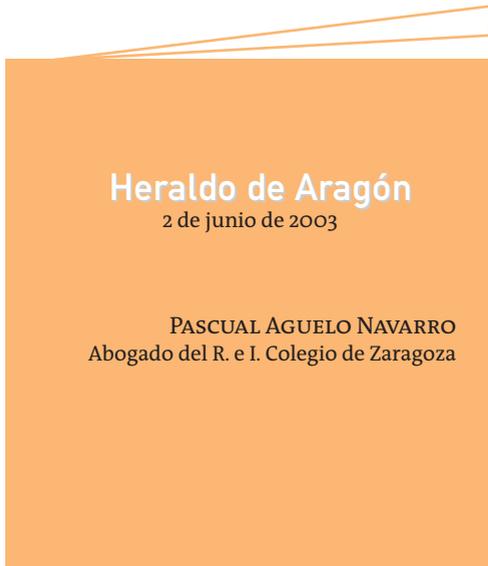
El fallecimiento no solamente se produce en las fronteras guatemaltecas; como sabemos (aunque nos olvidemos con demasiada rapidez) el Estrecho de Gibraltar y las zonas marinas próximas a Canarias son auténticas sepulturas de al menos cientos de personas.

El IV Informe contiene datos y comentarios que ponen de manifiesto la inadmisibles situación de muchos inmigrantes. Pero señala asimismo la vía a través de la cual se puede alcanzar otra situación: El respeto de todos los derechos humanos de todos los migrantes.

(15) Párrafos 268-403.

(16) Párrafos 280.

(17) Párrafos 300 y 334-338.



El derecho de sufragio universal debe extenderse a todas las personas sin consideración de origen nacional.

Inmigración y delincuencia. El Gobierno, en el último período, tiende a confundir con excesiva frecuencia fenómenos tan diferentes como son las migraciones y la delincuencia internacionales. Expresiones tales como lucha contra la inmigración ilegal puede llevar a la pérdida del objetivo de las acciones legales represivas, que no deben poner el acento en los inmigrantes, víctimas del contexto-sistema socioeconómico, sino en todo caso en las redes que se aprovechan precisamente de la precaria situación de tales personas. La situación de irregularidad administrativa como regla general no es buscada por el inmigrante, es la ausencia de mecanismos legales normalizadores los que conllevan a esa lamentable y precaria situación. La delincuencia, al menos la pequeña delincuencia, es consecuencia de la miseria y situaciones de ausencia de derechos que afecta a toda persona independientemente de la situación nacional. La mezcla explosiva de fenómenos tan dispares, migración y delincuencia, engendra y puede ser germen de posturas, actitudes y medidas muy peligrosas que pueden reforzar tendencias xenófobas y racistas presentes en nuestras sociedades.

La reforma de la Ley de extranjería deberá esperar. El último Consejo de Ministros celebrado el viernes veintitrés de mayo, en vísperas de las elecciones locales y autonómicas, aprobó la modificación de la vigente Ley de extranjería. La precipitación del Gobierno por el anuncio no evita que la proyectada reforma precise de los preceptivos informes del Consejo de Estado y del Poder Judicial, así como el cumplimiento del procedimiento ritual parlamentario. Por lo que la hipotética reforma no parece que vaya a poder ver la luz antes de final de año.

El derecho de sufragio y nuevos aragoneses. Una vez celebradas las elecciones es buen momento para reflexionar acerca de un tema de la máxima trascendencia democrática, la exclusión del colectivo de residentes extranjeros. Cerca de veinte mil personas, que viven, trabajan y contribuyen con sus impuestos al crecimiento de nuestra Comunidad y bienestar, han sido excluidos del proceso de elección de nuestros alcaldes y Presidente autonómico. El voto de los nuevos aragoneses hubiera podido cambiar el signo de algunas importantes alcaldías.

Porque no se permite trabajar honrada y legalmente a los nuevos aragoneses. La Administración española parece empeñada en favorecer la irregularidad administrativa de un amplio colectivo de personas impidiendo la contratación de trabajadores extranjeros que se encuentran en España. Los Tribunales de Justicia con más sentido común vienen corrigiendo la cerril actuación administrativa propiciando resoluciones favorables a posibilitar la cobertura de las ofertas empresariales siempre que se demuestre la necesidad y ausencia de desempleados españoles dispuestos o capaces de desempeñar el puesto de trabajo ofertado.

Notas bibliográficas

Delincuencia extranjera

JOSÉ MANUEL GARCÍA CATALÁN
Inspector del Cuerpo de policía

ÍNDICE

- A) Referencias iniciales.
- B) Focos de peligro del proceso migratorio.
- C) Algunos datos sobre inmigración.
- Capítulo I. Delincuencia organizada.
- Capítulo II. Delincuencia organizada transnacional.
- Capítulo III. Robo con fuerza en las cosas.
- Capítulo IV. Robo con violencia e intimidación.
- Capítulo V. Delitos contra la propiedad intelectual e industrial.
- Capítulo VI. Tráfico ilícito de vehículos.
- Capítulo VII. Falsedades documentales.
- Capítulo VIII. Estafas.
- Capítulo IX. Coacciones y extorsiones.
- Capítulo X. Secuestros.
- Capítulo XI. Delitos relativos a la prostitución.
- Capítulo XII. Lesiones, homicidio, asesinato.
- Capítulo XIII. Tráfico de drogas.
- Capítulo XIV. Blanqueo de capitales.
- Capítulo XV. Tráfico ilegal de mano de obra.
- Capítulo XVI. Tráfico de personas.
- Capítulo XVII. Extranjeros en situación de privación de libertad.
- Bibliografía.

CARLOS CARNICER
Presidente del Consejo General de la Abogacía
Española

I Libertades y/o seguridad

SUMARIO

I. Libertades y/o seguridad.

II. Concepto de libertad o libertades.

III. Concepto de seguridad.

IV. La situación actual.

V. A modo de conclusiones.

I. LIBERTADES Y/O SEGURIDAD

Demasiados autores y también demasiados gobiernos quieren ver un peligroso antagonismo entre libertad y seguridad.

Nos enfrentamos a nuevos problemas de seguridad generados por la presencia de hechos violentos que, persistentemente golpean al ciudadano y a las instituciones. La violencia terrorista, la delincuencia organizada, la violencia racista y xenófoba, la delincuencia juvenil, el tráfico de drogas, la violencia contra la mujer y los niños, la violencia sexual, las sectas destructivas, el flujo clandestino y la explotación ilegal de inmigrantes, la explotación sexual, el tráfico de sustancias nucleares o radiactivas o contaminantes son parte de la negra lista de atrocidades que amenazan la pacífica convivencia de nuestra sociedad, y que representan ciertamente un considerable déficit de seguridad.

Las bien ganadas libertades se encuentran en evidente riesgo, de una parte por el pertinaz empeño de los criminales en alcanzar sus inhumanos objetivos, pero también por una preocupante corriente social que ha llegado a creer que la inseguridad descansa en el ejercicio de las libertades.

El crimen ha ganado la batalla mediática. Ha conseguido instaurar el miedo, el terror. Y por miedo, los seres humanos abandonan la razón. Quienes nos dedicamos al mundo del Derecho sabemos bien que nuestras leyes contemplan el miedo como una de las circunstancias modificativas de la voluntad, que llega incluso a anularla, y, que llega a producir irresponsabilidad.

Los sondeos de opinión resultan descorazonadores y por utilizar uno muy próximo a esta querida tierra y muy reciente (corresponde a la edición del Heraldo de Aragón del viernes día 6 de diciembre, página 2), en el denominado barómetro de otoño figura como uno de los titulares “Los ciudadanos anteponen la seguridad ciudadana a la libertad individual”. El periodista afirma tajantemente que “los aragoneses consideran un valor más importante la seguridad que la libertad individual”.

Sin embargo, leyendo atentamente el amplio artículo que ocupa toda la página bajo el epígrafe “barómetro de opinión de Aragón” se comprueba que, a juicio de los encuestados, los tres problemas más importantes que existen en Aragón son: el paro, el trasvase y la despoblación; no apareciendo la inseguridad sino en 6º lugar. De igual manera cuando a los encuestados se les pregunta cuáles son los tres problemas más importantes que existen actualmente en España colocan en primer lugar el terrorismo, en segundo lugar el paro, en tercer lugar la inmigración, y sólo en cuarto lugar colocan la delincuencia / violencia / inseguridad. Por último cuando al entrevistado se le pregunta por los tres problemas que le afectan personalmente más, contesta que esos tres problemas son el paro, la vivienda y el trasvase, apareciendo en cuarto lugar la delincuencia/violencia/inseguridad.

Una primera reflexión sobre estos datos extraídos del sondeo de opinión publicado por Heraldo de Aragón, llevarían a pensar que la inseguridad, al menos en el sentido manejado en el trabajo sociológico, no figura entre las tres preocupaciones máximas del ciudadano medio, y, sin embargo está dispuesto a sacrificar libertades individuales para ganar cotas de una seguridad que no se encuentra entre las tres principales preocupaciones. Esta reflexión me resulta altamente preocupante, máxime si tenemos en cuenta que, como se afirma en el artículo, los ciudadanos identifican principalmente la inseguridad ciudadana con los robos, el terrorismo, la delincuencia en general y la droga. Pero apenas un 0,5% de los encuestados la relacionan con la falta de agentes de seguridad pública, la pobreza, el desempleo, las desigualdades sociales, o un déficit de solidaridad.

Me preocupa igualmente el tenor literal del comienzo del artículo: “Aunque aún lejos de la estela de Estados Unidos, los aragoneses consideran un valor más importante la seguridad que la libertad individual”. A semeja esta introducción a aquellos prólogos tan utilizados para relacionar el contenido del texto con modelos a imitar o hacia los que tantas veces hemos caminado de forma irreparable.

Preocupan también sobremanera los comentarios del periodista sobre la lógica de los datos. Dice textualmente: “algo más del 40% de los encuestados asegura que la localidad en la que vive es más insegura ahora que hace tres años; un 10% señala que, en los dos últimos años le han robado aunque haya sido sin intimidación; y más del 20% de los consultados conoce algún caso de malos tratos a mujeres”.

“Con todos estos datos, no es sorprendente que los aragoneses empiecen, como mal menor, a dar más importancia a la necesidad de sentirse seguros que a mantener los niveles de libertad actuales.”

Libertades y/o seguridad

I

Este sondeo de opinión no resulta raro, sino del mismo tenor de otros muchos que circulan por España, con lógicas diferencias en determinados aspectos que afectan especialmente al conjunto poblacional en el que se realiza el sondeo de opinión.

Analizando en profundidad éste y los restantes estudios sociológicos que en el mismo sentido circulan desde hace algunos años, pero especialmente después del 11 de septiembre fatídico, lo primero que destaca es el confusionismo imperante. Por ejemplo, se identifica la inseguridad con la delincuencia y la violencia, rara vez con el terrorismo que constituye normalmente episodio autónomo, y casi nunca con el paro, la pobreza, la sanidad, las desigualdades sociales, el desarraigo, la droga, e incluso los déficits policiales o de prevención de los delitos.

Lo que no suele aparecer en los sondeos es qué entienden los ciudadanos por libertades individuales o por seguridad y a qué libertades individuales estarían dispuestos a renunciar para aumentar su seguridad.

Sinceramente creo que a nuestra sociedad le falta todavía mucha cultura democrática. No conocemos bien nuestros derechos fundamentales, pero, sobre todo, no ha existido ni existe suficiente reflexión social sobre cuáles son y deben ser nuestros derechos inviolables, para qué sirven y qué significaría su pérdida.

Palabras de Eleanor Roosevelt:

“¿Dónde residen los derechos humanos? En pequeños lugares, cercanos al hogar, tan cercanos y tan pequeños que no se les ve en mapa alguno del mundo. Y sin embargo, son el mundo de cada ser humano: la vecindad en la que vive; la escuela o el centro de estudio al que asiste; la fábrica, la granja o la oficina en la que trabaja. Tales son los lugares donde cada hombre, cada mujer, cada niño busca igual justicia, igual oportunidad, igual dignidad sin discriminación. Si los derechos humanos no tienen sentido en estos lugares, no lo tendrán en sitio alguno.”

II. CONCEPTO DE LIBERTAD O LIBERTADES

Según el diccionario de la Lengua de la Real Academia libertad es:

1. Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar por lo que es responsable de sus actos.
1. Estado o condición del que no es esclavo.
2. Estado del que no está preso.
3. Falta de sujeción y subordinación.

4. Facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes y a las buenas costumbres.
5. Prerrogativa, privilegio, licencia.
6. Condición de las personas no obligadas por su estado al cumplimiento de ciertos deberes.
7. Desenfrenada contravención de las leyes y buenas costumbres.
8. Licencia u osada familiaridad.
9. Exención de etiquetas.
10. Desembarazo, franqueza, despejo.
11. Facilidad, soltura, disposición natural.

No existe en el diccionario de la Academia de la Lengua la palabra *libertades*. Sí la de libertad, y dentro de los distintos significados de ésta se establece uno que nada tiene que ver con lo que es el objeto de esta intervención pero que resulta bien expresivo del sentido peyorativo que tuvo el concepto de libertades en período predemocrático y que todavía subsiste lamentablemente en nuestro diccionario. En la acepción octava se emplea el plural de libertad (libertades) como “desenfrenada contravención de las leyes y buenas costumbres”. Sería hora de que la Real Academia revisara este contenido.

Hoy identificamos el concepto libertades con el compendio de derechos fundamentales reconocidos por el Estado de Derecho a todas las personas.

Hay que aclarar que Estado de Derecho no es todo Estado que tiene unas leyes o que reconoce el derecho, sino aquel que construye éste sobre la supremacía de la ley, el pluralismo y la tolerancia, reconociendo derechos individuales inviolables por el Estado.

Como afirma el Profesor ELÍAS DÍAZ, en su libro *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*: “No todo Estado es Estado de Derecho. Por supuesto, es cierto, que todo Estado crea y utiliza un Derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Dificilmente cabría pensar hoy en un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y sin embargo, decimos, no todo Estado es Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho. Designar como tal a todo Estado por el simple hecho que se sirve de un sistema normativo jurídico, constituye una imprecisión conceptual y real que sólo lleva –a veces intencionadamente– al confusionismo”.

En definitiva sólo el Estado que garantice su funcionamiento democrático, la primacía de la ley, en condiciones de igualdad y la justicia merecerá el calificativo de Estado de Derecho, y lo merecerá en tanto en cuanto respete y haga respetar las leyes y las resoluciones de los Tribunales.

Libertades y/o seguridad

| I

Creo que a estas alturas a nadie se le ocurrirá dudar con argumentos de peso de que España constituye una democracia de corte moderno, un verdadero Estado de Derecho. Sin embargo, acontecimientos recientes recomiendan revisar, releer más nuestra Constitución y los principios que le informan para continuar construyendo el Estado de Derecho.

Es evidente que la sociedad perfecta no existe. El Estado de Derecho se construye día a día y para que el edificio del Estado represente la calidad adecuada a los tiempos en que vivimos, es necesario que la argamasa para colocar cada uno de los ladrillos sea concienzudamente integrada y mezclada con los productos jurídicos adecuados y que no son sino los derechos fundamentales establecidos en nuestra Ley de Leyes.

Recordemos que los derechos y deberes fundamentales vienen recogidos en el título primero de nuestra Constitución, y que en el artículo 10 se sanciona que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden público y de la paz social”, añadiendo que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

A continuación y en el capítulo segundo del título primero se van desgranando los derechos y libertades a que nos venimos refiriendo, el derecho a la igualdad ante la Ley, a la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, el derecho a la vida y a la integridad física y moral y a la interdicción de la tortura ni a las penas o tratos inhumanos o degradantes, la libertad ideológica, religiosa y de culto, el derecho a la libertad y a la seguridad, puestos por el artículo 17 en igualdad de plano, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el derecho a la elección de residencia y a circular por el territorio nacional, el derecho a la libre expresión y a la libertad de información, a la de la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, a la libertad de cátedra, a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, el derecho de reunión pacífica, el derecho de asociación, el derecho de participación, el derecho a la tutela efectiva de los juzgados y tribunales, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a no autoinculparse, a no declarar contra sí mismo, el derecho al secreto, el derecho a la educación y a libertad de enseñanza, el derecho a sindicarse libremente y el derecho de petición.

Y, estos derechos, como dice el artículo 10, hay que interpretarlos a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y las restantes normas internacionales que los garanticen.

No puedo extenderme demasiado, pero debo hacer alusión, obligatoriamente, a esa maravillosa producción jurídica de 10 de diciembre de 1948.

Me gustaría llamar la atención sobre una parte de la declaración de derechos humanos que no suele ser leída y es su preámbulo, especialmente aplicable al momento en el que vivimos, dice así:

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en el que los seres humanos, y liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las Naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la persona humana y en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad;

Considerando que los estados miembros se han comprometido a asegurar en cooperación con la Organización de Naciones Unidas el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre;

Y considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso; la Asamblea General proclama.”

Esos denominados derechos fundamentales de las personas no son el producto ocasional de un tiempo determinado ni algo establecido por conveniencia para un plazo o período concreto. Tampoco son el producto de nuestra avanzadísima civilización, sino todo lo contrario: nuestra avanzadísima civilización es producto y consecuencia del sustancial bagaje que hoy representan los derechos fundamentales, como elemento más significativo e irrenunciable de nuestra cultura.

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue pronunciada, ciertamente, en momento muy singular. Había concluido la segunda gran guerra. Todavía se podía sentir el hedor de los muertos y la angustia de los mutilados y de los huérfanos. Pero el texto no fue una improvisación de unas cuantas cabezas pensantes. El texto es el producto de una reflexión sobre los derechos fundamentales que debe poseer cada persona para poder sustentar su dignidad y poder así estimular una verdadera conciencia social. Una nueva mentalidad, impulsada por el humanismo y por la reforma, que predica el pluralismo, la participación y la tolerancia como herramientas imprescindibles para evitar los conflictos.

Las ideas de dignidad, libertad e individualidad, tienen ya precedentes en Mesopotamia, en los salmos del antiguo testamento o en Egipto, quedando referencias valiosas en la Grecia de los sofistas, con los estoicos, recibiendo un impulso definitivo con la llegada del cristianismo cuyos ideales evangélicos elevaron definitivamente la dignidad de los hombres al hacerlos iguales y todos ellos dignos de la misma vida y salvación. En la Edad Media estas ideas se potencian de gran manera con Santo Tomás, las ideas contractualistas, el origen de los Parlamentos y, como no, en Aragón hay que citar la institución del Justicia Mayor, que defiende del poder absoluto a las personas cualquiera que sea su condición social y en condiciones de igualdad.

Libertades y/o seguridad

En presencia del Decano del Colegio de Abogados de Zaragoza no podemos dejar de citar a Ivo de Trèguier, San Ivo, defensor de los derechos humanos y de la libertad de los individuos a quien podemos atribuir el primer ejemplo de deontología jurídica, cuya influencia ha llegado hasta nuestros días, pero también habría que citar a Fray Bartolomé de las Casas, San Raimundo de Peñafort, etc.

En definitiva la evolución hacia un planteamiento socio jurídico que contemple al hombre como individuo, sujeto de derechos, además de obligaciones se va recogiendo cumulativamente a partir de toda la historia, institucionalizándose por primera vez el Estado de Derecho, de forma coherente después de la Revolución Francesa en los estados liberales del siglo XIX. Aquel Estado de Derecho que arranca del liberalismo y culmina con la democracia no es sino el que proclama el imperio de la ley, concretado en la aplicación estricta de la norma que dimana del órgano de representación popular, con primacía de la libertad individual sobre el supremo poder del Estado.

La Declaración Universal de Derechos Humanos no es sino la culminación de esa evolución del pensamiento humanístico a lo largo de los siglos que, en un momento de suprema decepción sobre la evolución pacífica de las sociedades (se proclamaba una y otra vez que el mundo no podría soportar una Tercera Guerra) decide establecer una norma suprema, internacionalmente aceptada, que establezca definitivamente los pilares jurídicos sobre los que construir la civilización del futuro, estableciendo el NUNCA MÁS hacia los horrores derivados de la guerra.

La Declaración Universal, no es solo un texto vigente más de medio siglo después de su promulgación, sino el compendio de normas fundamentales sobre el que se asienta nuestra civilización y con toda seguridad nuestra pervivencia.

En definitiva, la cosa no ha salido tan mal. La práctica totalidad de nuestras Constituciones occidentales proclaman los mismos valores que la Declaración Universal de Derechos Humanos y, como se ha dicho, reconocen su supremacía al ordenar interpretar los derechos fundamentales que en cada carta magna se sancionan a la luz de esta declaración de derechos fundamentales de la persona. En el preámbulo de nuestra Constitución queda claramente patente la influencia de aquella primera Declaración Universal de Derechos Humanos. Dice así:

“La nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un estado de derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. Establecer una sociedad democrática avanzada, y Colaborar en el fortalecimiento de nuestras relaciones pacíficas y eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra.”

Como vemos, conceptos como la justicia, la libertad, la seguridad, la conveniencia democrática, el imperio de la ley, el ejercicio de los derechos humanos, el progreso de la cultura, la digna cali-

dad de vida, las relaciones pacíficas y la eficaz cooperación con todos los pueblos de la tierra, son conceptos muy comunes, a lo que es el núcleo de los derechos fundamentales de las personas.

Enlazando con lo que decíamos al principio, nuestra ley de leyes y la carta magna de las leyes internacionales, que así debe considerarse a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, junto con el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, deben ser tenidos como la ley que debe imperar a toda costa, aquellas sin cuyo eficaz cumplimiento no es posible conferir al Estado su categoría de Derecho. Dicho de otra forma, en la medida en que un Estado cumpla con lo prevenido en estas leyes de referencia, será merecedor o no de la categoría de Estado de Derecho.

A modo de conclusión, se podría afirmar que las libertades son los derechos fundamentales universalmente establecidos en nuestra Constitución y que representan las garantías mínimas individuales cuyo reconocimiento legitima al Estado de Derecho y que cualquier reducción de cualquiera de esas garantías desmerece o deslegitima al Estado de Derecho.

III. CONCEPTO DE SEGURIDAD

En el primer párrafo del preámbulo de la Constitución Española se afirma que todo el entramado jurídico que contiene nuestra Carta Magna se ha configurado “deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad”.

El artículo 17 de la Constitución Española, apartado 1, establece que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”, aunque esto lo afirma en relación con la privación de libertad como consecuencia de la detención de cualquier persona.

El artículo 3º de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

La libertad y la seguridad siempre en el mismo plano, pero nunca como antagónicas.

La seguridad es, pues, como la libertad, ante todo un derecho fundamental, uno de los que se integran en el propio concepto de “libertades”.

Si pretendemos averiguar el sentido o el significado literario de la palabra seguridad, en el diccionario de la Real Academia Española, tampoco encontraremos muchos elementos para configurar el concepto.

El Diccionario de la Lengua Española, nos dice que seguridad en su primera acepción, es una “cualidad de seguro” y, en la segunda, “fianza u obligación de indemnidad a favor de uno, regularmente en materia de intereses”. Y si descendemos al significado de “seguro”, nos dice el Diccionario que es lo mismo que:

Libertades y/o seguridad

1. Libre y exento de todo peligro, daño o riesgo.
2. Cierto, indubitable y en cierta manera infalible.
3. Firme, constante y que no está en peligro de faltar o caerse.
4. Desprevenido, ajeno de sospecha.
5. Seguridad, certeza, confianza.
6. Lugar o sitio libre de todo peligro.
7. Contrato.
8. Salvoconducto, licencia o permiso que se concede para ejecutar lo que sin él no se pudiera.
9. Muelle o dispositivo de seguridad en las armas.
10. Cualquier mecanismo que impide el funcionamiento indeseado de un aparato, utensilio o máquina, o que aumenta la firmeza de un cierre.

Por difícil que parezca la Real Academia Española de la Lengua todavía no ha incorporado al Diccionario ni la expresión libertades ni la de seguridad en el sentido jurídico.

Según el Diccionario Trivium, de Derecho y Economía, que habla sólo de seguridad jurídica, ésta es “la propia de un Estado de Derecho, que refleja la confianza en el orden jurídico de sus ciudadanos y que se ve frustrada cuando las normas son vagas, oscuras o contradictorias, o *cuando reina la arbitrariedad*”.

Aparece la arbitrariedad, como contraria a la seguridad jurídica.

La Constitución Española garantiza además del principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, la seguridad jurídica, la responsabilidad, y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la Constitución Española).

El artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Coloca también la Declaración Universal la libertad y la seguridad de las personas en el mismo plano, pero antepone a ambos derechos el derecho a la vida, ya que sin ésta ni se puede disfrutar de la libertad ni de la seguridad. Probablemente el concepto de seguridad que estaba en la mente de los redactores de la Declaración Universal de Derechos Humanos tenía más que ver con la protección de la persona, protección a la vida, a la integridad física y protección del trato humillante y degradante y de la detención arbitraria que a otros extremos. No olvidemos que cuando la declaración universal

fue promulgada todavía retumbaban las explosiones de la Segunda Guerra Mundial. Pero el concepto de seguridad ha evolucionado mucho a lo largo de los últimos cincuenta y cuatro años.

Hoy se habla de seguridad, no sólo como se afirma en el barómetro de Otoño identificándolo con la ausencia de robos, de delincuencia en general y de la droga, sino, sofisticando el concepto, de muchos otros elementos de consumo que tienen mucho más que ver con una sociedad cómodamente asentada en el disfrute de bienes materiales, que en el cultivo de valores éticos. Así podemos recibir verdaderos bombardeos publicitarios sobre los planes de pensiones, las inversiones mobiliarias e inmobiliarias, la medicina privada incluso la prestación de servicios profesionales de todo tipo que proporcionan cada uno de ellos y entre todos una apreciada seguridad. Hace muy pocos días, en la prensa del 27 de noviembre de 2002, el Consejero de Industria, Comercio y Desarrollo del Gobierno de Aragón, don Arturo Aliaga, nos ilustraba en un artículo titulado “La Sociedad del Riesgo” sobre la importancia de la seguridad industrial concluyendo con un párrafo ilustrado y hasta poético que decía: “nos mueve la seguridad de todos los ciudadanos, su bienestar, su progreso y su desarrollo económico y social. Como dijo Albert Einstein «el hombre y su seguridad deben ser la preocupación fundamental de toda aventura tecnológica»”.

Se entiende hoy por seguridad todo aquello que está llamado a evitar riesgos y hasta a eliminar los problemas al ser humano, ya sea respecto a su persona, a su bienestar presente o futuro o incluso a sus propios bienes.

Pero ¿a qué ser humano? Porque no existe la misma situación para todos los seres humanos en mundo ni siquiera para todos los seres humanos que habitan España. Mientras unos pueden atender su preocupación por la seguridad en el funcionamiento de su calefacción, del sistema eléctrico o del ascensor, otros carecen de vivienda, e incluso algunos de alimento y vestido, de cobertura sanitaria, y otros están en guerra.

Para todos los seres humanos la máxima inseguridad ha estado representada por la guerra en todas sus formas. Recordemos probablemente la frase más famosa pronunciada en Naciones Unidas por Willy Brandt en 1973 “el hambre también es la guerra”. Sólo que a continuación no pasó nada más.

La guerra que atenta contra la vida, la integridad física y contra todos los derechos fundamentales es la máxima inseguridad. A partir de aquí, todas las sociedades han venido desarrollando sentido de inseguridad hacia la vulneración de derechos, ciertamente, con mayor sensibilidad hacia unos que hacia otros, según la oportunidad.

Además de la amplitud consciente o inconsciente conferida a la palabra seguridad, existe, sin ninguna duda, la intención de los poderosos de llevarla al terreno de su interés. Así, se invocará en ocasiones la seguridad para proteger una determinada confesión religiosa, una determinada instalación económica o un determinado interés estratégico, o meramente político. En realidad podría disfrazarse de seguridad cualquier tipo de actividad que atentase contra su propio concepto.

Libertades y/o seguridad

| I

La seguridad jurídica no es sólo un concepto para juristas. Es el único concepto válido de seguridad. Ya hemos dicho que el Estado de Derecho viene condicionado por su reconocimiento al imperio de la ley y que éste descansa sobre los derechos fundamentales de las personas, también sobre la seguridad. Todos los derechos fundamentales se encuentran en plano de igualdad y sólo deben ceder unos frente a los otros, cuando del análisis del caso concreto, habida cuenta las circunstancias imperantes y oídos todos los interesados afectados, un Tribunal proclame la cesión de uno en beneficio de otro, insistimos en relación a un caso muy concreto y por decisión de los tribunales. Lo contrario, la imposición por cualesquiera poderes de unos derechos fundamentales sobre otros sería simplemente arbitrariedad, que está proscrita por las propias normas fundamentales.

La seguridad es la ausencia de arbitrariedad, la confianza en que los comportamientos serán los que deben ser, la eficacia de las normas y el escrupuloso cumplimiento del *neminem laedere*. Pero no más.

La sociedad ha venido relacionando la seguridad con muy diferentes valores a lo largo de la historia, de una u otra forma relacionados con derechos fundamentales, especialmente con el derecho a la vida, a la integridad física o a la salud, incluso a la propiedad privada. Y ha sacrificado amplias parcelas de libertad a la pretendida seguridad. Resultan claramente demostrativas las relaciones entre siervos y señores. La seguridad se relaciona también con la Justicia. La Justicia fuerte, contundente, no tanto justa, se relacionó y se relaciona con la seguridad. Expresiones como “el que la hace la paga” o “el peso de la justicia” son expresiones evocadoras de una justicia de seguridad o que produce seguridad. Pero así como el concepto jurídico de libertad ha sido extraordinariamente desarrollado incluso desmembrado en las distintas libertades que constituyen los derechos fundamentales, el de seguridad no lo ha sido tanto.

En un Estado de Derecho la verdadera seguridad debe descansar precisamente en el conjunto de derechos y garantías que amparan a las personas individuales frente a los poderes establecidos. La defensa del Estado de Derecho no puede en ningún caso atentar contra alguno de los principios que han contribuido a crear el estatuto jurídico civilizador que representan los derechos fundamentales, alcanzado con tantísimo esfuerzo.

En definitiva, pues, pretender aumentar la seguridad a costa de la reducción o abolición de los derechos fundamentales de las personas no solo no será un medio eficaz para reducir o hacer retroceder el crimen, sino que aumentará la inseguridad. En España, precisamente, podemos por desgracia ejemplarizar este supuesto ya que los torpes intentos de aniquilar el terrorismo despreciando las garantías fundamentales de las personas, no sólo no consiguieron su objetivo sino que empeoraron considerablemente la situación, dando nuevos bríos a los malhechores y deslegitimando al Estado de Derecho.

En definitiva, la violación de derechos fundamentales no sólo no permite atajar la inseguridad sino que al final, el efecto bumerán, se vuelve contra los presuntos defensores de la seguridad.

IV. LA SITUACIÓN ACTUAL

Todavía estamos muy lejos de que el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 sea una realidad en todo el mundo. Se han dado pasos importantes y caminábamos confiados en que el fenómeno globalizador contribuiría a expandir por todo el mundo no sólo la economía de los más ricos sino la información, la cultura y el progreso para todos los seres humanos del universo.

Lo que sí ha conseguido la globalización es el acceso a la información, que todas las personas del mundo reciban noticia de los acontecimientos que suceden en cualquier punto del globo terráqueo y en consecuencia que puedan reaccionar hacia lo que les parece bien o mal, ajustado a derecho o completamente injusto.

Pues bien, en los últimos meses se vienen sucediendo acontecimientos, verdaderas aberraciones jurídicas en sí mismas, provocadoras de verdadera alarma para quienes amamos el Derecho y que no despiertan en las personas en general el rechazo que sería de esperar.

Me refiero, claro está, al resurgimiento del imperialismo con los rasgos más duros del arcaico imperialismo. A la unilateral abolición de derechos fundamentales de las personas por decisión de un solo gobierno, a la imposición de conductas contrarias al orden jurídico internacional y a la soberanía de algunos pueblos. En la misma nación que vio promulgar los derechos establecidos en la Declaración Universal, hoy se pisotean en base a una particular interpretación de la seguridad, y lo que es más preocupante, con la participación, o al menos con la pasividad de todos los Estados que se proclaman de DERECHO.

Permitidme repasar algunos derechos fundamentales.

El artículo 3 de la Declaración Universal dice:

“todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”

Anteayer amanecíamos con un titular en toda la prensa del mundo

“Bush traslada a la CIA una lista de terroristas que podrá matar sin autorización expresa”.

El artículo 5 de la Declaración Universal dice:

“Nadie será sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”

¿Recuerdan Vds. las imágenes de los presos de Guantánamo: la cabeza cubierta, las manos y los pies atados, las jaulas de ubicación?

El artículo 7 de la Declaración Universal dice:

“todos son iguales ante la Ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la Ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

Libertades y/o seguridad

| 1

¿De verdad piensan Vds. que los presos en Guantánamo, que los extranjeros y transeúntes y muchos más tienen igualdad de trato y protección ante la Ley?

El artículo 8 de la Declaración Universal dice:

“toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que le amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley”,

añadiendo el artículo 9

“nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”,

continuando el artículo 10

“toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”,

culminando el artículo 11 que

“toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

¿Alguno de Vds. sabe cuántos detenidos o presos hay en Guantánamo? ¿Conoce la identidad de estos presos? ¿Sabe qué delito se le imputa? Lo que sí sabemos es que ni tienen abogado que les defienda ni existe abierta causa en ningún tribunal de justicia independiente. También sabemos que en este momento la Policía americana, incluso el ejército puede detener a cualquier persona sin ningún tipo de imputación y detenerla un número de días indeterminado sin ningún tipo de garantía. Son suficientemente expresivas las palabras pronunciadas por el Sr. Ashcroft: “no me importa detener a cien inocentes si encuentro a un culpable”. ¿Se imaginan a las madres de los 100? Pero, sobre todo ¿se imaginan a las madres, familiares, amigos y conciudadanos de los 99 inocentes? Es un hecho también que el flamante tribunal penal internacional constituido el 11 de julio del año 2001, no ha recibido los parabienes de los poderes que se niegan a someterse a sus resoluciones.

El artículo 12 de la Declaración establece que:

“nadie será objeto de ingerencias arbitrarias de su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales ingerencias o ataques.”

Todas las aboliciones del secreto y las comunicaciones y los premios a los delatores atentando directamente y degradan el derecho a la intimidad y a la vida privada de las personas.

El artículo 13 establece que:

“toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”. Toda persona “tiene derecho a salir de cualquier país, e incluso del propio, y a regresar a su país.”

En este caso no solo hablaríamos de los Estados Unidos de América, también podríamos hacer referencia a nuestra normativa de extranjería y a la de la práctica totalidad de los Estados Europeos.

El artículo 23 establece que:

1. “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.
2. “Toda persona tiene derecho sin discriminación alguna, a igual salario, por trabajo igual”.
3. “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, de una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

El artículo 25 establece que:

“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.”

En realidad solo he leído alguno de los artículos de la Declaración que no están ni mucho menos cumplidos y necesitan de todo nuestro esfuerzo para su cumplimiento. Justo cuando caminábamos en ese sentido hemos recibido un duro retroceso.

No nos engañemos, está en juego no tanto la seguridad sino los derechos fundamentales y con ellos la estructura, la salud del Estado de Derecho.

En esta situación, si se aceptan, sin más, determinaciones gubernamentales unilaterales que comportan en nuestro territorio auténticas vulneraciones de derechos fundamentales, se pone en riesgo, con el Estado de Derecho, la propia soberanía nacional (fragata Navarra).

Pero quiero que no me malinterpreten. Condeno el terror y cualquier forma de violencia y exijo para sus autores las condenas, todas, que están previstas en las Leyes. Pero me dejaré la piel para conseguirlo dentro de la más estricta legalidad.

El mundo no era mucho mejor antes del 11 de septiembre de 2001, pero, por fortuna, a nadie se le había ocurrido hablar de la guerra preventiva.

El terror y la violencia han conseguido institucionalizarse universalmente a través de los medios de comunicación. Han conseguido implantar el suficiente miedo para que los ciudadanos estemos dispuestos a un imposible intercambio de libertades por seguridad. Tampoco debe extrañarnos que haya un caldo de cultivo favorable a tan perversa permuta. Hemos prostituido demasiadas veces conceptos como derechos humanos, democracia, libertad, que todos estos valores supremos aparecen como mera retórica oportunista para conseguir alguna ventaja o

Libertades y/o seguridad

| I

incluso para justificar la injusticia para cuatro quintas partes de la humanidad. Todo ello no solo lleva al desengaño, sino muchas veces también al fanatismo o a la desesperación.

Pero es necesario reanimarnos. Y no dejarnos confundir. Los criminales enfermos de odio y fanatismo aniquilador de nuestras libertades no representan ni a los oprimidos ni a Justicia de ninguna clase. Los criminales no representan ninguna religión, etnia o cultura, sino ambiciones y locuras personales. Podemos luchar contra el crimen con y por el Estado de Derecho, sin renunciar a ninguna de nuestras libertades.

Contra el crimen no vale todo. Demasiado lo sabemos en España. Hoy más que nunca se impone la ética y la reflexión. La persecución del crimen debe afectar exclusivamente a los criminales, no a los inocentes. Y además debe conseguirse sin la abolición de ningún derecho fundamental. Si nosotros mismos desmontamos el Estado de Derecho, la violencia habrá alcanzado su paraíso.

V. A MODO DE CONCLUSIONES

Lo que caracteriza y legitima al Estado de Derecho es el imperio de las leyes que conforman el sistema democrático y la absoluta protección de los derechos y libertades de las personas.

Entre los derechos fundamentales reconocidos por nuestra CE, por la Declaración Universal de Derechos Humanos, por el Pacto sobre derechos civiles y políticos, en el Convenio Europeo, y demás normas internacionales, figuran el de la libertad y el de la seguridad, en plano de igualdad, como complementarias, en ningún caso antagónicas o antinómicas.

El ejercicio de las libertades se pone en riesgo si no se garantiza la seguridad, pero ésta no sirve más que al ejercicio de las libertades.

La seguridad es lo contrario de la arbitrariedad y ésta se produce con la restricción unilateral de libertades.

La seguridad debe fundarse y promocionarse mediante valores democráticos como la solidaridad, la ciudadanía, el pluralismo, la proximidad, la prevención, la policía y la jurisdicción, con métodos actualizados eficaces.

La seguridad es competencia de todos, de cada uno de los ciudadanos, de la sociedad y de las instituciones. La colaboración resulta imprescindible porque la inseguridad es una quiebra de las libertades.

Debe desarrollarse un sistema preventivo de políticas de seguridad, acercándonos a las causas de la inseguridad. A todas. A sus raíces económicas, sociales y culturales. Articular, además, instrumentos de policía y jurisdicción en todos los niveles del Estado, con adecuadas dotaciones.

En definitiva debe combatirse la inseguridad con los más que suficientes medios de que dispone el Estado de Derecho para generar seguridad.

Sólo se está seguro en la trinchera de los derechos fundamentales. Sólo genera seguridad el Estado que garantiza la intangibilidad de las libertades.

Libertades y seguridad no sólo no son antagónicas. Constituyen un binomio necesario al Estado de Derecho y a la paz universal.

CAROLINE INTRAND¹

II

Los acuerdos de readmisión y la política del toma y daca

SUMARIO

I. Introducción.

II. La importancia de los acuerdos de readmisión y la evolución desde los años 60.

III. La política de incitación de la Unión Europea en materia de readmisión.

I. INTRODUCCIÓN

La utilización de los acuerdos de readmisión por los Estados miembros de la Unión Europea, para poner en marcha su política de retorno de los extranjeros en situación irregular en su territorio, data de los años 60. El contenido de estos acuerdos ha evolucionado para adaptarse a los cambios geopolíticos y a las realidades migratorias. Siendo en su origen un instrumento estrictamente bilateral y recíproco, los Estados miembros hacen de él un elemento central de la política migratoria de la Unión, colocando la lucha contra la inmigración clandestina y el retorno de los extranjeros no deseados en el centro de sus preocupaciones. Por eso el equilibrio de tales acuerdos se halla inevitablemente modificado. Los Estados terceros, invitados a negociar con la Unión Europea la conclusión de nuevos acuerdos, se encuentran pues en un proceso de “toma y daca”.

II. LA IMPORTANCIA DE LOS ACUERDOS DE READMISIÓN Y LA EVOLUCIÓN DESDE LOS AÑOS 60

La obligación del Derecho Internacional de readmitir a sus propios nacionales², no es aplicada por las autoridades de los países de origen salvo que haya sido formalizada en un acuerdo de readmisión que precise las modalidades de identificación, de investigación y de entrega a estas

(1) Caroline INTRAND, Jurista, trabaja en el CIMADE, Servicio Ecuménico de Ayuda, creado en 1939 para intentar salvar a los judíos de los campos de exterminio; hoy agrupa a movimientos franceses protestantes, católicos, ortodoxos y laicos; actualmente trabaja a favor de los refugiados, los extranjeros que residen en Francia y el desarrollo de los subdesarrollados.

Traducción del francés de A.G. CHUECA SANCHO.

(2) Contrapartida del apartado 2 del artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

autoridades. En efecto, uno de los mayores obstáculos para la expulsión es la identificación y la entrega por el Estado requerido (Estado de origen) de un documento de viaje. Los acuerdos de readmisión son pues la piedra angular de la política de retorno de los países europeos.

En los años 50 y 60, cuando todavía se realizaban controles en las fronteras interiores de la Unión, los Estados europeos celebraron entre ellos acuerdos bilaterales, para organizar la readmisión de sus nacionales o de los ciudadanos de terceros Estados que hubieran residido legalmente en el territorio del Estado en los cuales eran readmitidos. Es el caso de Francia, que celebró acuerdos con los países limítrofes, con Alemania en 1960 y con el Benelux en 1964³. Es lo que se ha dado en llamar “la primera generación” de acuerdos de readmisión⁴.

Si en un primer momento los acuerdos tenían como finalidad principal facilitar las expulsiones, tras los sobresaltos geopolíticos en el Este, la apertura de las fronteras y la puesta en funcionamiento del proceso Schengen-Dublín, los Estados europeos les añadieron otra función en los años 90, la de hacer soportar al país de tránsito el peso de su falta de control de sus fronteras.

En efecto, estos acuerdos de “segunda generación” comportan cláusulas de tránsito que obligan a los Estados a readmitir a los ciudadanos de terceros Estados que hayan transitado por su territorio para alcanzar los territorios de los países europeos.

Numerosos acuerdos de este tipo se celebran en los años 90 sobre todo con los países del Este. El primer acuerdo de readmisión multilateral celebrado entre los Estados Schengen (en ese momento 5 Estados, entre ellos Francia y Alemania) y Polonia⁵ es representativo en este sentido. Estos acuerdos permiten formar, alrededor del Espacio Schengen lo que se ha denominado como un “cordón de seguridad” o un “cedazo” que impide acceder a los refugiados y a los inmigrantes del Este, puesto que Polonia debía por tanto reforzar sus fronteras y aceptar el readmitir a estos extranjeros no deseados⁶.

Como intercambio para la conclusión de este acuerdo de readmisión, se suprimió la obligación de visado para los polacos y Polonia fue el primer país del grupo de los PECOS⁷ en firmar un acuerdo de asociación (en diciembre de 1991, justamente después del acuerdo de readmisión).

La supresión de la obligación de visado es el primer elemento ofrecido en contrapartida en la conclusión de los acuerdos de readmisión. Son los primeros pasos de la política del toma y daca.

(3) Igualmente con España en 1988, Italia en 1990, Suiza en 1998 y Portugal en 1993.

(4) Para un examen detallado de las diferentes “generaciones” de acuerdos de readmisión, ver los estudios de Daphné BOUTEILLET PAQUET: *L'Europe et le droit d'asile. Une étude critique de la politique d'asile européenne et de ses conséquences sur les pays d'Europe centrale*, Colección Logique Juridique, L'Harmattan, París 2000, y de Mike KING: *Le contrôle des différences en Europe: L'inclusion et l'exclusion comme logique sécuritaire et économique*, en *Contrôles, Frontières-Identities, les enjeux autour de l'immigration et l'asile*, Culture et Conflit, 1997.

(5) Frank Paul WEBER: *Expulsión: Genèse et pratique d'un contrôle*, en *Allemagne, Culture et Conflits*, invierno de 2002.

(6) Ver un estudio detallado en la monografía ya citada de Daphné BOUTEILLET PAQUET.

(7) Nota del traductor: Países de Europa Central y Oriental.

Los acuerdos de readmisión y la política del toma y daca

II

Después bajo el imperio del Tratado de Maastricht, viendo que los acuerdos bilaterales se multiplicaban, los Estados miembros han estimado necesario el desarrollar una técnica común de readmisión⁸. Por eso el Consejo adoptó cierto nº de recomendaciones entre 1992 y 1996, sobre todo la del 30 de noviembre de 1994 relativa a un “acuerdo tipo bilateral de readmisión entre un Estado miembro y un país tercero”, así como la del 24 de julio de 1995⁹ sobre un protocolo de aplicación de los acuerdos. Estos documentos¹⁰ han influido notablemente en el contenido de los acuerdos que les han seguido y se utilizan hoy en centenares de acuerdos bilaterales de readmisión entre Estados europeos, con los países de origen y con los de tránsito¹¹.

La cuestión de la repatriación de las personas que residen irregularmente ha entrado en el ámbito comunitarizado con el tratado de Ámsterdam¹². Los acuerdos comunitarios de readmisión constituyen la “tercera generación” de acuerdos de readmisión.

El Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, el 28 de septiembre de 2000, dio instrucciones a la Comisión para negociar acuerdos con Marruecos, Rusia, Sri Lanka y Pakistán; lo mismo sucedió después con Hong Kong, Macao en mayo de 2001, Ucrania en junio de 2002 y posteriormente el 28 de noviembre de 2002 con Albania, China, Turquía y Argelia.

Pero en estos momentos tan sólo ha sido firmado un acuerdo comunitario con Hong Kong¹³, ofreciendo en contrapartida la exención de visado. Este acuerdo, basado en una total reciprocidad, permite prefigurar el contenido de los futuros acuerdos que actualmente están siendo negociados por la Comisión. Si bien no difiere radicalmente de los modelos bilaterales, es nece-

(8) Sobre la armonización europea en materia de readmisión ver Daphné BOUTEILLET PAQUET: “European harmonisation in the field of readmission agreement”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 1, nº 3 (Autumn 1997), pp. 31-43.

(9) Recomendación del Consejo de 3 de marzo de 1994 relativa a un acuerdo tipo bilateral de readmisión entre un Estado miembro y un país tercero, DO nº C 274, 19/9/1996, pp. 20-24, y Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1995 relativa a los principios directores a seguir durante la elaboración de protocolos sobre la aplicación de acuerdos de readmisión, DO nº C 274, 19/9/96, p. 25.

(10) Sobre la base de una perfecta reciprocidad y respetando las convenciones internacionales (Ginebra, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Convenio de Dublín), prevén la readmisión de los ciudadanos de cada uno de los Estados partes y de los ciudadanos de Estados terceros cuya identidad haya sido probada o se haya presumido (carga al Estado requerido el rechazar esta presunción) y cuya entrada por las fronteras exteriores haya sido igualmente probada o presumida. Se adopta una lista de documentos pertinentes para el establecimiento de esta prueba o de esta presunción. Se fijan plazos máximos para la solicitud de readmisión (1 año), la respuesta (15 días), la readmisión efectiva (1 mes). Se prevé también un procedimiento de entrega acelerada en las 48 horas posteriores al paso de la frontera irregularmente. Se designan puestos fronterizos para efectuar esta readmisión. Se prevé asimismo la readmisión por tránsito.

(11) Una lista de los acuerdos de readmisión actualmente en vigor o en fase de negociación puede verse en ICMPD: *Study on comprehensive EU return policies and practices for displaced persons under temporary protection, other persons whose international protection has ended, and rejected asylum seekers*, anexo II, enero de 2002.

(12) El artículo 63.3, del tratado prevé que: “el consejo (...) adoptará, en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (...) medidas sobre política de inmigración en los siguientes ámbitos (...) b) la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales”.

(13) Decisión del Consejo relativa a la conclusión del acuerdo entre la Comunidad Europea y el gobierno de la región administrativa especial de Hong Kong de la República Popular de China relativo a la readmisión de las personas en situación irregular, Dossier interinstitucional 2002/0092, 9190/02, 8 de noviembre de 2002.

sario observar que no contiene ninguna referencia general a las disposiciones internacionales y en particular a la convención de Ginebra. Se precisa tan sólo la posibilidad de rechazar un tránsito si la persona tiene temor de persecución en otro Estado de tránsito o en el Estado de origen.

Si la firma de este acuerdo ha sido triunfalmente anunciada, parece que ello se debe más al mensaje político que al contenido. Efectivamente la Unión Europea sufre para avanzar en las negociaciones de los diferentes acuerdos.

Por el momento, las otras negociaciones más próximas a la terminación afectan a Sri Lanka (acuerdo rubricado en mayo de 2002) y Macao (acuerdo rubricado en octubre de 2002). En noviembre, Rusia ha aceptado comenzar la negociación lo mismo que Ucrania, cuando el primero de los mandatos había sido otorgado a la Comisión hacía casi tres años.

El comienzo de las negociaciones con países tales como Pakistán y Marruecos resulta mucho más problemático para los países de la Unión. Marruecos, particularmente reticente a convertirse en un cedazo entre la Unión Europea y el África Subsahariana, tan sólo muy recientemente ha aceptado por fin comenzar a negociar. Esta decisión fue seguida de la concesión por la Unión Europea de 40 millones de euros para el sostenimiento de la mejora de la gestión de las fronteras y 70 millones de euros para el sostenimiento del desarrollo económico de las regiones sometidas a emigración tales como la provincia del Norte¹⁴. La reticencia de los terceros Estados a cooperar obedece a muchas simples razones: Los acuerdos solamente protegen el interés de los Estados europeos que pretenden desembarazarse de sus extranjeros no deseados. La carga de la vuelta de las personas reenviadas (ciudadanos del Estado de reenvío o ciudadanos de tercer Estado) puede representar un peso financiero importante, sobre todo en el reenvío a los países de origen. Las consecuencias materiales (desarrollo de infraestructura para la gestión de las poblaciones reenviadas, el examen de las demandas de asilo, el control en las fronteras exteriores) están igualmente acompañados de cierto peso moral y político para un Estado que, respecto a sus propios ciudadanos, se presta al juego de los Estados Europeos.

En su obsesión de luchar contra la inmigración clandestina, la Unión se ha focalizado en la búsqueda de elementos, sobre todo financieros, que le puedan valer para incitar a los terceros Estados, incluso para hacerles presión, para que acepten negociar acuerdos de readmisión.

III. LA POLÍTICA DE INCITACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE READMISIÓN

En 1998 fue nombrado un grupo de Alto Nivel, encargado por una parte de examinar la posibilidad de negociar acuerdos comunitarios y por otra parte de estudiar la posibilidad de insertar las cláusulas de readmisión en los acuerdos de cooperación y de asociación. Seis países han sido incluidos en sus planes de acción¹⁵, pero sus trabajos han sido muy criticados porque solamen-

(14) Comunicación de la Comisión: *Integrar las cuestiones ligadas a las migraciones en las relaciones de la Unión Europea con los terceros países*, COM (2002) 703 final.

(15) Afganistán, Sri Lanka, Pakistán, Somalia, Marruecos y finalmente Albania.

Los acuerdos de readmisión y la política del toma y daca

II

te iban a favor de los intereses de los Estados miembros, ligando la cuestión de la ayuda al desarrollo, la ayuda humanitaria y las cuestiones comerciales a la gestión de los flujos migratorios.

El Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999 invitó entonces al Consejo a concluir acuerdos con “los países o grupos de países afectados por la inmigración irregular”. La cuestión de la readmisión fue claramente ligada a las negociaciones de los acuerdos económicos cuando el Consejo de Justicia y Asuntos Interiores de diciembre de 1999 definió las “cláusulas tipo de readmisión”, precisando que deberían introducirse en todos los acuerdos mixtos (acuerdos de asociación y acuerdos de cooperación). Estas cláusulas estándar preveían bien una obligación de readmisión, bien una obligación de negociar un acuerdo de readmisión¹⁶.

Pero frente a las dificultades de las negociaciones, la Comisión se ha preguntado sobre las medidas que podrían introducirse en cada caso para incitar a los Estados terceros a la cooperación: En 2001, invita a la Unión a hacer uso de su “peso político”¹⁷. En 2002, en su Libro Verde, se pregunta sobre el “efecto palanca” que poseen los Estados miembros en las negociaciones, reconociendo “que poco se puede ofrecer a cambio. En particular, la facilitación de la obtención del visado o la supresión de la obligación del visado no pueden constituir una posibilidad realista más que en casos excepcionales”¹⁸.

Durante la reunión del Consejo Europeo en Sevilla en junio de 2002, la cuestión de la incitación a cooperar en el terreno migratorio estará en el centro del debate. Si los Estados miembros renunciaron finalmente a hacer de la ayuda al desarrollo un elemento de incitación, las conclusiones de Sevilla prevén una evaluación sistemática de las relaciones con los países terceros que no cooperen y la posibilidad de que los Estados miembros “adopten medidas” en el marco de la PESC¹⁹ y de las otras políticas de la Unión contra los Estados que rechacen cooperar de forma no justificada. De esta forma, las conclusiones prevén que las cláusulas de readmisión en los acuerdos de asociación deberán en el futuro estar acompañadas de cláusulas sobre la gestión conjunta de los flujos migratorios, con la adición de una ayuda técnica y financiera específica.

Las cargas financieras de esta política son considerables: La Comisión anuncia en diciembre de 2002 que para el período 2000-2006 el presupuesto financiero de la UE es de 935 millones de euros para la gestión de las fronteras externas y la cooperación con los terceros países. Propone doblar el montante de las líneas presupuestarias dedicadas a incitar a los terceros países a cooperar en materia migratoria para alcanzar 20 millones de euros en 2003. El Fondo Europeo para los Refugiados podría ser también utilizado para financiar el retorno forzoso. Los nuevos “medios de persuasión” podrían ir acompañados con una ayuda específica para la preparación

(16) Actualmente figuran cláusulas de readmisión en los acuerdos con Argelia, Croacia, Egipto, Líbano, Macedonia y varios países de la ex Unión Soviética. El acuerdo de Cotonú, celebrado en junio de 2000 entre la Unión Europea y los 77 Estados ACP (de África, el Caribe y el Pacífico), contiene asimismo dicha cláusula.

(17) COM (2001) 672 final, p. 27.

(18) COM (2002), 175 final, p. 26.

(19) Nota del traductor: PESC: POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN.

y la aplicación de los acuerdos de readmisión con los terceros países y con “medidas incitativas suplementarias” como un mejor acceso al mercado o preferencias tarifarias²⁰.

Por el contrario, podemos ver que el discurso general de los Estados, al cabo del tiempo y del encarnizamiento mostrado para crear una política de readmisión, tiene cada vez menos en cuenta el interés y la protección de las libertades individuales.

Si la Comisión, en noviembre de 2001, evocaba la necesidad en la negociación de los acuerdos de “considerar entre otras cosas la situación política y en materia de derechos humanos del país de origen o de tránsito”²¹, el plan de acción del Consejo de 28 de febrero de 2002 evoca únicamente el interés de los Estados miembros²². Algunos meses más tarde, en una decisión de 16 de abril de 2002²³, se establece una lista de criterios para determinar los países terceros con los cuales deben negociarse nuevos acuerdos de readmisión, omitiendo la referencia al respeto de los derechos humanos: Por tanto, el Consejo puede concluir que China, Turquía, Argelia y Albania son los próximos países con los cuales la Unión Europea debe negociar nuevos acuerdos.

¿Hasta dónde irá la Unión para deshacerse de los extranjeros no deseados? La presión económica, abiertamente anunciada, y las incitaciones financieras ¿pueden compensar la humillación y la coacción de los retornos forzados? La tercera generación de acuerdos de readmisión coloca a los Estados terceros ante el conjunto de la Unión en una relación de fuerza desproporcionada en detrimento de las obligaciones derivadas de la Convención de Ginebra e igualmente de las libertades individuales. ¿Cuánto tiempo y a qué precio resistirán los Estados de los países más pobres?

(20) Comunicación de la Comisión: *Integrar las cuestiones ligadas a las migraciones en las relaciones de la Unión Europea con los terceros países*, COM (2002) 703 final.

(21) COM (2001) 672 final.

(22) Plan de Acción del Consejo de 28 de febrero de 2002, doc N 6612/02, DO 2002 C 142, Punto 75.

(23) Decisión del Consejo estableciendo una lista de criterios para determinar los países terceros con los cuales deben ser negociados nuevos acuerdos de readmisión, de 16 de abril de 2002, doc n° 7990/02.

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

CELEBRADAS

- ✓ Primer Congreso Mundial de musulmanes de habla hispana.
4 de abril de 2003, Sevilla.
- ✓ Seminario sobre extranjeras en prisión.
28 y 29 de abril de 2003, Universidad Complutense de Madrid.
- ✓ Extranjería. Legislación reguladora.
15 de mayo de 2003, Ayuntamiento de Albox (Almería).
- ✓ Los partidos políticos debaten sobre la diversidad étnica y racial madrileña y las políticas sociales.
22 de mayo de 2003, Coalición Española contra el Racismo (Madrid).
- ✓ Interculturalidad, universalismo y relativismo de los derechos humanos.
23 de mayo de 2003, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza.
- ✓ El Islam en Francia y España.
28 de mayo de 2003, Centro Pignatelli, Zaragoza.
- ✓ XIII Encuentro de Abogados de Extranjería.
12-14 de junio de 2003, Subcomisión de Extranjería del CGAE y el Ilustre Colegio de Abogados de Baleares.
- ✓ Jornadas sobre Derecho de Asilo y refugio.
18 y 19 de junio de 2003, Colegio de Abogados de Madrid.
- ✓ Primer Simposio de Psicología, Inmigración e Interculturalidad.
20 y 21 de junio de 2003, Gijón.

Jornadas sobre Extranjería

III

A CELEBRAR

- ✓ Régimen jurídico de la inmigración en la Unión Europea y en España.
3 y 4 de julio de 2003, Jaca (Cursos de verano de la Universidad de Zaragoza).
- ✓ Primer Congreso Europeo de Asociaciones Argentinas.
8-12 de julio de 2003, Barcelona.
- ✓ Encuentro Iberoamericano de Relaciones Internacionales.
27-30 de agosto de 2003, Buenos Aires (Argentina).
- ✓ II Congreso Internacional Balears 2015. La inmigración.
2 y 3 de octubre de 2003, Palma de Mallorca.
- ✓ Primer Coloquio Internacional sobre Migración y desarrollo: Transnacionalismo y nuevas perspectivas de Integración.
23-25 de octubre de 2003, (México).

ÚLTIMA HORA

JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR LUXEMBURGO 5-6 DE JUNIO DE 2003

PREPARACIÓN DEL CONSEJO EUROPEO DE SALÓNICA (20 DE JUNIO DE 2003)

- Estatus de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración

El Consejo, dentro del límite de tiempo decidido por el Consejo europeo de Sevilla (junio 2003), alcanzó acuerdos políticos de un proyecto de Directiva acerca del estatus de nacionales de terceros países que son residentes de larga duración.

Una vez el texto haya sido revisado por los juristas y lingüistas del Consejo y se hayan superado las reservas parlamentarias, la Directiva será adoptada por el Consejo en uno de los siguientes encuentros.

El propósito de esta Directiva es garantizar un estatuto de residentes de larga duración a nacionales de terceros países que hayan residido legalmente durante 5 años en el territorio de un Estado miembro.

El nuevo estatuto –que no está dirigido a reemplazar el estatuto existente para nacionales de larga duración–:

- a) Permitirá a los nacionales de terceros países alcanzar un estatus comparable al de los ciudadanos de los Estados miembros, y
- b) Permitirá a esa persona, bajo ciertas condiciones, moverse de un Estado miembro a otro, manteniendo los derechos y beneficios garantizados en el primer Estado miembro sin estar sujeto a todos los procedimientos a que están sujetos los nuevos inmigrantes.

Se recuerda que en el encuentro de 8 de mayo de 2003, el Consejo dio la bienvenida al compromiso de la Comisión de tratar en el transcurso del año y posiblemente para final de 2003 una propuesta de Directiva para la extensión de la Directiva sobre estatuto de residentes de larga duración a refugiados y personas precisas de protección.

- Cualificación y estatus de nacionales de terceros países y apátridas como refugiados o como personas que necesitan protección internacional.
- Estándares mínimos en los procedimientos en Estados miembros para conceder y retirar el estatuto de refugiado.

- Informe de la Presidencia y la Comisión para completar el de Sevilla sobre inmigración, control de fronteras y asilo.
- Informe de la Presidencia sobre la implementación de programas, centros *ad hoc*, proyectos piloto y operaciones conjuntas.
- Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de una política común sobre contrabando de inmigrantes ilegales y tráfico de seres humanos, fronteras exteriores y el retorno de residentes ilegales.
- Comunicación de la Comisión sobre Inmigración, integración y empleo.
- Comunicación de la Comisión hacia sistemas de asilo más accesibles, igualitarios y manejables.
- Conclusiones del Consejo.

FUNCIONES DEL SIS Y CONSTRUCCIÓN DEL SIS II. CONCLUSIONES DEL CONSEJO

FIRMA DE UN ACUERDO UE-US SOBRE EXTRADICIÓN Y ASISTENCIA LEGAL MUTUA

CONSEJO EUROPEO-SALÓNICA (19-20 DE JUNIO DE 2003)

El Consejo Europeo de los días 19 a 20 de junio de 2003 constituyó la última reunión de este nivel que se ha celebrado bajo la Presidencia griega de la Unión Europea (UE), y ha ofrecido a los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros y de los países adherentes la oportunidad de asistir a una presentación a cargo de D. Valéry Giscard D'Estaing, Presidente de la Convención Europea, así como de debatir sobre el documento definitivo en el que se reflejen los resultados de los trabajos de la Convención. El documento de que se trata servirá de base para los debates de la Conferencia Intergubernamental (CIG) que se celebrará próximamente.

La reunión se centró asimismo en los puntos siguientes: inmigración, fronteras y asilo; el proceso de ampliación; la región de los Balcanes Occidentales; las relaciones con los vecinos de la Unión ampliada; las acciones consecutivas al Consejo Europeo de primavera de 2003 (ver las Conclusiones) y las relaciones exteriores.

El 21 de junio se ha celebrado una cumbre UE-Balcanes Occidentales, en la que los Jefes de Estado o de Gobierno han debatido la manera de consolidar el Proceso de Estabilidad y Asociación de Unión la región.

Ambas reuniones se han celebrado en Porto Carras (península Calcídica), un complejo hotelero situado en las afueras de Salónica.

Consejo Europeo es el nombre que se da a las reuniones (o cumbres) que celebran periódicamente los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la UE y el Presidente de la Comisión Europea.

CONCLUSIONES DE LA CUMBRE DE SALÓNICA

Los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en la Cumbre de Salónica los pasados 19 y 20 de junio, han acogido con satisfacción el proyecto de Tratado Constitucional presentado por el Presidente de la Convención. Asimismo, el Consejo Europeo se pronunció sobre asuntos de inmigración, fronteras y asilo tales como el desarrollo de una política común en materia de inmigración ilegal, fronteras exteriores, repatriación de los inmigrantes ilegales y cooperación con terceros países. Junto a ello, el Consejo Europeo señaló que es vital que el Consejo vele por que se adopte antes del final de 2003 la legislación básica sobre asilo, es decir, la propuesta de Directiva por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional, y la propuesta de Directiva sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado.

Última hora

| IV

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*.

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