

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). **Maite Abadía Buil** ABOGADA DEL R. E I. COLEGIO DE ZARAGOZA. SANTO DOMINGO (REPÚBLICA DOMINICANA). **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. **Javier Galparsoro García** ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE VIZCAYA. **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.

DIRECTORES

Pascual Aguelo Navarro

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

Aurelia Álvarez Rodríguez

PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO.
UNIVERSIDAD DE LEÓN.

© LEX NOVA 2002

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

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

Sumario:

[5] EDITORIAL

ARTÍCULOS:

- [9] I. El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
- [37] II. La crisis del derecho de asilo
JAVIER GALPARSORO GARCÍA
- [47] III. Principios inspiradores y objetivos de la nueva reforma del Derecho español de la nacionalidad: las principales novedades de la Ley 36/2002, de 8 de octubre
AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ

NOTAS Y COLABORACIONES:

- [89] I. Un nuevo *status* de extranjero en España. (El inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)
EDUARD SAGARRA I TRÍAS
- [99] II. Los inmigrantes irregulares en la Ley 4/2000 y en su reforma: una regularización que no cesa
M^a LUISA TRINIDAD GARCÍA
- [113] III. Políticas de inmigración en la Unión Europea: Rotterdam y Estocolmo
JESÚS GARCÍA VARELA
- [123] IV. De Sevilla a Guantánamo. Una reflexión sobre los Derechos humanos
FERNANDO OLIVÁN LÓPEZ

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [127] Índice analítico de voces
- [203] Resoluciones de la DGRN en materia de nacionalidad y estado civil (enero-abril 2002)
AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
- [233] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería
ÁNGEL G. CHUECA SANCHO

[259] CRÓNICA LEGISLATIVA DE UN SEMESTRE:

- [274] Anexo legislativo: Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad (BOE del 9)

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS Y CONVOCATORIAS DESDE LAS DOS ORILLAS:

- [281] Notas bibliográficas
- [293] I. Conclusiones del XII Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería
Organizado por la Subcomisión de Extranjería del CGAE y el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante.
- [303] II. Comunicación sobre la procedencia de la expulsión en los supuestos de entrada en pateras
JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CANDELA
- [305] III. Respuesta de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española al Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales
Ponente: FRANCISCO SOLÁNS PUYUELO
- [319] IV. Calamity of the Patriot
RICHARD A. BOSWELL
- [321] V. Jornadas sobre Extranjería

EDITORIAL

En tus manos tienes el primer número de la Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. Tres veces al año estaremos en la imprenta tratando de recoger los trabajos, reflexiones y noticias más importantes relacionadas con las migraciones internacionales y la extranjería, y en definitiva, con el movimiento transnacional de personas.

La publicación que hoy comenzamos es el resultado de un laborioso e ilusionante proyecto y constituye, en España, un hito en relación con el escenario al que nos dirigimos, al tratarse de la primera Revista de contenido sociojurídico que se elabora.

El reto es importante y la voluntad de todas las personas comprometidas en su edición es la de hacer de la Revista un instrumento útil y eficaz para quienes pretenden intervenir y actuar en el estudio y práctica del derecho migratorio y la extranjería desde una perspectiva jurídica y de las ciencias sociales en general.

En su preparación han confluído un importante número de Profesionales y Profesores de distintas nacionalidades, que vienen dedicando una buena parte de su trabajo profesional e inquietudes intelectuales a este campo del Derecho bajo la perspectiva común de la defensa de los Derechos Humanos y de su universalidad.

A nadie se le escapa la trascendencia de los trabajos e intervenciones de las personas que colaboran en la Revista y solo cabe esperar que la transmisión de estos conocimientos y experiencias ayude eficazmente a la formación teórico-práctica y capacitación profesional de todos, fomente el análisis crítico de las migraciones internacionales y colabore en la elaboración de un derecho y políticas migratorias más justas que garanticen el respeto de los derechos humanos de cualquier persona, en cualquier lugar del mundo, sea cual sea su estatuto jurídico.

Las migraciones internacionales y los desplazamientos transfronterizos suscitan diferentes problemas sociojurídicos de una gran complejidad y llevan implícito el desarrollo de un novísimo Derecho de las personas en movimiento que abarca ya partes importantes del Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional Privado, el Derecho de la Nacionalidad, el tratamiento de las inversiones extranjeras y de las remesas familiares, el Derecho Civil Internacional (matrimonios mixtos, crisis matrimoniales, alimentos, adopción internacional, secuestros de menores, etc.), la Cooperación Penal Internacional, la regulación del turismo y la protección de los consumidores transfronterizos, el Derecho Administrativo e incluso el Derecho Constitucional.

Y, en definitiva, desde la perspectiva de los Derechos Humanos, estamos ya ante la elaboración de un DERECHO MIGRATORIO, íntimamente ligado al Derecho al Desarrollo Sostenible de los Pueblos y de las Personas. Y todo ello (como sucede en otros ámbitos, especialmente en el Derecho Penal Internacional) está desembocando en estos momentos en un auténtico IUS HUMANITATIS.

Todo ello tendrá cabida en la Revista. Cada número pretende ser el escaparate de la doctrina más reciente, de las colaboraciones más actuales; con un objetivo esencial, orientar la práctica profesional cotidiana y servir de punto de reflexión y de encuentro a cuantas personas actúan en el escenario de las migraciones internacionales y la extranjería.

No puede faltar en una publicación de estas características una amplia recopilación jurisprudencial y legal, que se podrá consultar próximamente en la Web de extranjería. También contendrá un apartado de notas bibliográficas y noticias de las dos orillas, que nos dará cuenta de los acontecimientos, jornadas, cursos, etc. más actuales.

Los directores de la Revista, el Consejo Asesor, y el conjunto de personal administrativo y técnico os dan la más sincera y cálida bienvenida, quedan a vuestra disposición y esperan realizar, desde este primer número, el conjunto de objetivos expuestos en esta presentación.

Noviembre de 2002

Artículos

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Profesor Titular de Derecho Internacional Público
en la Universidad de Zaragoza

El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros

RESUMEN

Las expulsiones colectivas o masivas de extranjeros constituyen una trágica realidad en el pasado y en el presente. Estas expulsiones están prohibidas por el Derecho Internacional Público en la costumbre internacional (no discriminación y no arbitrariedad en la expulsión de extranjeros) y en algunos tratados de Derechos Humanos, como las Convenciones Europea, Americana y Africana de Derechos Humanos. La expulsión masiva de residentes ilegales e indocumentados también es inadmisibles. En esta dirección ha decidido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia en el caso CONKA/BÉLGICA, 5 de febrero de 2002) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (medidas provisionales adoptadas en 2000 y 2001 en el caso de la expulsión masiva de haitianos por la República Dominicana). Este es el *status quaestionis* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las expulsiones masivas de extranjeros.

Collective or massive expulsions of aliens constitute a tragic reality in the past and in the present. These expulsions are prohibited by the Public International Law in the international custom (no discrimination and not arbitrariness in aliens' expulsions) and in some human rights' treaties, as the European, American and African Conventions on Human Rights. The massive expulsion of illegal and undocumented residents was likewise inadmissible. In this way has decided the European Court of the Human Rights (judgment in the case CONKA v. BELGIUM, 5 February 2002) and the Inter-American Court of Human Rights (provisional measures adopted in 2000 and 2001 in the case of massive expulsion of Haitians by the Dominican Republic). This is the *status quaestionis* of the International Law of Human Rights in massive expulsions of aliens.

SUMARIO

I. Introducción general: las expulsiones colectivas ayer... y hoy. A) La prohibición de la expulsión colectiva por la costumbre internacional. a) La división de la doctrina. b) La prohibición consuetudinaria de la expulsión colectiva a través de la no discriminación y de la no arbitrariedad en las expulsiones. B) La prohibición convencional de la expulsión colectiva. a) Los textos adoptados por las Naciones Unidas. b) El art. 4 del protocolo adicional nº 4 a la Convención Europea de Derechos Humanos. c) Los textos americano y africano. d) Referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. C) La práctica de los órganos internacionales de protección de derechos humanos. a) La práctica del Comité de Derechos Humanos de la ONU. b) La práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia al caso CONKA/BÉLGICA. c) La práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso de la expulsión masiva de los haitianos y dominicanos-haitianos.

II. Conclusiones.**I. INTRODUCCIÓN GENERAL: LAS EXPULSIONES COLECTIVAS AYER... Y HOY**

Voy a examinar las expulsiones masivas de extranjeros desde el punto de vista jurídico. Para ello, parto de la idea siguiente: No existe en estos momentos un concepto jurídico que nos indique es una expulsión colectiva.

Se utiliza este adjetivo de colectiva, pero a veces una expulsión también es calificada como masiva y en ocasiones se habla de expulsión en grupo. Escribe Richard PERRUCHOUD que “el calificativo «masiva» implica a primera vista la idea del número. El criterio numérico es sin embargo insuficiente”, porque no sabemos si la masa comienza cuando hay 20, 100 o 1000 personas afectadas¹.

El carácter colectivo de una expulsión reside pues no en el número sino en la despersonalización del individuo. En otras palabras, continúa el mismo autor, “los individuos no son considerados como tales, *ut singuli*, sino como componentes anónimos de un todo, de un cuerpo social determinado. Su individualidad se funde en el grupo, el único contemplado por la medida”. Esta despersonalización del individuo que desaparece detrás de la “personalización” de una colectividad –étnica, religiosa, social (trabajadores en situación irregular)– “es el factor clave”.

(1) “L’expulsion en masse d’étrangers”, *Annuaire Francais de Droit International*, 1988, p. 678.

El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros

| 1

Conviene determinar a qué personas puede afectar la expulsión masiva. Pues bien, la norma del Derecho Internacional que prohíbe las expulsiones masivas o colectivas de extranjeros protege tanto a los indocumentados como a los documentados, tanto a los “ilegales” como a los “legales”².

La Historia de la Humanidad está plagada de expulsiones masivas o colectivas; a veces se trata de nacionales del mismo Estado que los expulsaba; habían cometido el “terrible delito” de ser diferentes, de pertenecer a otra religión o a otra raza distinta a la dominante en un momento histórico y político concreto.

Esa Historia no ha cambiado; ni el s. XIX ni el s. XX han modificado el panorama. No puede olvidarse, por ejemplo, la deportación masiva de ciertas etnias por la Alemania nazi y el envío a las inhóspitas tierras siberianas de pueblos enteros por la Unión Soviética después de la II Guerra Mundial (entre otros, los chechenos). En realidad el s. XX ha sido pródigo en este tipo de crueles, inhumanos y degradantes hechos; por ejemplo, ha visto y continúa viendo –sin mover un solo músculo para solucionarlo– la expulsión de los palestinos de sus tierras.

Centrándonos en las expulsiones de extranjeros, podemos preguntarnos por qué se producen. La respuesta afirma que se deben a su vulnerabilidad como grupo y a la utilización de la coacción contra ese grupo. Con ambos ingredientes, la expulsión suele ser arbitraria y discriminatoria. A pesar de ello, se intenta justificar y buscar motivos más o menos admisibles; se trata de motivos económicos, políticos, raciales, religiosos, etcétera.

Como subraya el INDEPENDENT BUREAU FOR HUMANITARIAN ISSUES (IBHI)³, casi siempre existe una combinación o interrelación (expresa o tácita) de motivaciones económicas y políticas:

– Primero las expulsiones encuentran sus pretendidos motivos en las presiones políticas generadas por problemas económicos o económico-sociales. Los extranjeros son entonces los considerados causantes de todos los males.

– En segundo término las expulsiones masivas son instigadas en períodos de inestabilidad política (tras la independencia, durante la guerra, en campañas electorales, durante el auge de movimientos nacionalistas y xenófobos, cuando se produce un cambio de régimen).

– Además las expulsiones suelen asociarse con situaciones de ansiedad oficial sobre la seguridad interna o externa.

(2) Entrecorriente los términos “ilegales” y “legales” porque considero que las personas somos siempre legales; los ilegales son en algunos supuestos nuestros actos, pero no las personas en sí mismas.

(3) *The scapegoats: Victims of mass expulsions*, draft report for the IBHI, Ginebra 1988, pp. 42-43, cit. por Nicholas VAN HEAR: *Consequences of forced mass repatriation for migrant communities: Recent cases from West Africa and the Middle East*, United Nations Research Institute for Social Development, discussion paper n° 38, November 1992, p. 10.

Para comprobar hasta dónde alcanza a veces el problema en la más cruda realidad, recordaré que J.-M. HENCKAERTS recoge tres expulsiones masivas posteriores a la celebración de partidos de fútbol entre selecciones nacionales, que degeneraron en batallas campales⁴; en 1969 se producía la expulsión de salvadoreños por Honduras y la de hondureños por El Salvador; en 1982 unos 5.000 cameruneses eran expulsados por Gabón y finalmente en 1985 se producía la expulsión de unos 10.000 ghaneses por Costa de Marfil.

Sin pretender ahora exponer todos los datos relevantes, sí podemos centrarnos en las expulsiones masivas sufridas en las últimas décadas en África, Asia, América y Europa. Podremos comprobar cómo esta barbarie se extiende por todos los continentes.

En África es bien conocida en los años setenta la expulsión masiva realizada por Uganda contra los ciudadanos británicos de origen asiático; salieron en 1972 unas 50.000 personas, mediante la aplicación del Decreto de 9 de agosto, adoptado por el régimen del dictador Idi AMIN DADÁ. Diez días después el mismo régimen político adoptaba otro decreto en virtud del cual otras 23.000 personas, nacionales ugandeses de origen asiático, debían abandonar el territorio de dicho Estado⁵.

Pero estos hechos se han repetido con posterioridad. El caso más claro es sin duda el de Nigeria; este Estado, en 1983 realizó una expulsión masiva que afectó a miles (algunos autores estiman que a más de dos millones) de personas, que trabajaban ilegalmente en territorio nigeriano; los más afectados fueron los ghaneses; la acción la llevó a cabo un gobierno democrático, el del presidente Shehu SHAGARI. Además la expulsión colectiva se producía en el seno de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental, cuyo tratado creador se había firmado en Lagos (Nigeria) ocho años antes. Según Roger GRAVIL, “la principal razón para ordenar a los extranjeros indocumentados que abandonaran Nigeria era simplemente que su presencia era ilegal y que todo Estado tiene el incontestable derecho de aplicar su normativa”; como indica el mismo autor, ello produjo un éxodo “caótico, penoso, peligroso, y una doble afrenta al espíritu de la Comunidad de África Occidental y a los cánones de decencia de la humanidad”⁶.

En 1985 se produce la segunda expulsión masiva, que fue obra de un gobierno militar; en esta ocasión fueron expulsadas unas 700.000 personas nacionales de 8 Estados africanos, miembros todos ellos de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental⁷.

(4) *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, Nijhoff, La Haya 1995, p. 18. En su apéndice I recoge una lista representativa de las expulsiones masivas, desde 1945 hasta 1995 (pp. 204-205).

(5) Consultar Charles ROUSSEAU: *Chronique des Faits Internationaux*, RGDIP 1972, pp. 884-895. Además de señalar el carácter ilegal de esas medidas, el autor destaca que “la ejecución de las medidas decididas el 9 de agosto de 1972 fue lo más inhumana posible (...) Se adoptaron medidas inicuas (...) prohibiéndoles vender sus bienes (...) Así, después de haber cazado 50.000 asiáticos, el general Amin los arruinaba” (pp. 892-893).

(6) “The Nigerian Aliens Expulsion Order of 1983”, *African Affairs*, 1985, pp. 528 y 536, para ambas citas.

(7) Datos de Roger GRAVIL, art. cit., p. 537, nota 50. Según el autor, en este éxodo masivo, murieron 13 personas y unas 200 sufrieron malos tratos a manos de la policía nigeriana.

El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros

| 1

También es conocida la expulsión masiva de palestinos por Libia en los años 90; alrededor de 30.000 personas sufrieron esa expulsión. Pero la cifra de expulsados palestinos se multiplica por diez tras la Guerra del Golfo; Kuwait los acusó de colaborar con Irak durante la ocupación del Emirato y procedió sin más a su expulsión.

Recientemente la misma Libia ha sido acusada de otra expulsión colectiva, trufada de un inequívoco racismo. El Informe de Maurice GLÉLÉ-AHANHANZO, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, de 6 de febrero de 2001, sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia⁸, recoge en sus párrafos 5-10 (pp. 6-7) la expulsión masiva realizada por Libia de extranjeros negros en septiembre de 2000.

Los inmigrantes confesaban ser víctimas de ataques racistas con un importante número de muertos (Libia admitió que eran 6, los inmigrantes hablaban de varios cientos). Ante ello, el Gobierno libio fletó un avión con el cual evacuó a 450 nigerianos y a otras decenas de otras nacionalidades (sudaneses, chadianos, ghaneses, cameruneses, etcétera).

Según el Informe, “el representante de Libia reaccionó diciendo que se trataba de la repatriación por el Gobierno libio de 600 criminales”.

En Asia han sido y lo son en la actualidad frecuentes las expulsiones masivas de filipinos o de otros trabajadores migrantes asiáticos. El 13 de marzo de 2002 se producía la expulsión de 1000 filipinos desde el Estado federado malasio de Sabah; de esta manera dicho Estado alcanzaba en esa fecha la cifra de 4.477 expulsados⁹.

En América no pueden olvidarse las expulsiones masivas realizadas especialmente por los Estados Unidos. Pero las deportaciones o expulsiones masivas no solamente las realizan los EEUU; la prensa centroamericana denuncia por ejemplo que México también las efectúa. Según el Centro de Atención al Migrante del Arzobispado de Guatemala, cada año son deportados de México alrededor de 600.000 guatemaltecos y unos 2.500 desde Estados Unidos; esas fuentes afirman que desde que Guatemala se convirtió en la última frontera del Tratado de Libre Comercio entre México, EEUU y Canadá, estas medidas se han incrementado¹⁰.

Interesa asimismo recordar que en 1991 se producía una expulsión masiva de haitianos por la República Dominicana, a pesar de que el Estado expulsante era parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuyo art. 22 prohíbe estas expulsiones en su párrafo 9º. Las gestiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos condujeron en diciembre de ese año a suspender las expulsiones¹¹.

(8) Texto en <http://www.unhchr.ch/doc/E/CN.4/2001/21>.

(9) Datos en http://www.cyberdyaryo.com/features/f2002_0313_02.htm.

(10) Ver el Diario *La Hora*, http://www.lahora.com.gt/28-03-01/paginas/nac_2.htm.

(11) Ver J.-M. HENCKAERTS: op. cit., pp. 195-196 (ver documentación en pp. 228-231).

Dos fuentes de información pueden servirnos para diseñar brevemente el problema¹²: Los informes de Amnistía Internacional¹³ y de Human Rights Watch. Por ejemplo, el informe de Human Rights Watch de 2002¹⁴ señala que durante la pasada década “la República Dominicana ha deportado a Haití a cientos de miles de haitianos y a un número indeterminado de dominicanos de ascendencia haitiana. En varias ocasiones, la más reciente en noviembre de 1999, las autoridades dominicanas han practicado expulsiones masivas de miles de haitianos y dominico-haitianos. Capturados en las calles, sacados de sus hogares o detenidos en sus lugares de trabajo, las personas con «aspecto haitiano» nunca gozan de una oportunidad razonable de recurrir su expulsión contra estas batidas masivas”.

Esta práctica la realiza un Estado como el citado que es parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. La Convención Americana contiene además una prohibición expresa de las expulsiones colectivas; los órganos de protección establecidos en la Convención deben velar por el cumplimiento de esta norma (art. 22, párrafo 9º), que estudiaré después.

En Europa, en la realidad contemporánea se ha agravado incluso este problema, pues a las clásicas (no por ello menos criticables) expulsiones colectivas de extranjeros, se ha sumado la expulsión colectiva de nacionales, que son juzgados política, étnica o culturalmente diferentes y, por tanto, inadmisibles para un poder político o militar concreto en un momento dado. Las experiencias de las llamadas “limpiezas étnicas” de poblaciones alemanas en la Europa del Este en 1945 y las padecidas en los años noventa en la antigua Yugoslavia así lo demuestran.

En segundo lugar la misma Unión Europea comienza a hablar de “retorno forzoso” de residentes ilegales. La Comisión Europea presentaba el 10 de abril de 2002 un “Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales”¹⁵.

Pues bien, el Libro Verde habla a veces de retorno y a veces de expulsión; por ejemplo recuerda que el año 1999 habían sufrido la expulsión desde la UE 324.206 personas, mientras el año 2000 se alcanzaba la cifra de 367.552 personas. Comparados estos datos con el retorno voluntario de extranjeros chocan fuertemente: El año 1999 retornaron voluntariamente 78.273 personas y el año 2000 llegaron a 87.628, la mayor parte de ellas procedentes de Alemania y con destino a alguno de los Estados creados tras la desaparición de Yugoslavia (p. 20).

(12) La solución que están dando actualmente los órganos internacionales de protección la examinaré después, en el apartado dedicado a la práctica de los órganos convencionales.

(13) Titulados: 1998: *Un año de promesas rotas* (pp. 333-335) y 2000: *El olvido está lleno de memoria* (pp. 335-336).

(14) Puede consultarse el texto en español en http://www.hrw.org/spanish/informes/2002/r_dominicana2.html.

(15) COM (2002) 175 final. El Libro Verde es una primera toma de contacto (¿o globo-sonda?) dirigida a la opinión pública, a los órganos de la UE, a los Estados miembros, a los candidatos a la adhesión, a los terceros, a las ONGs, a los ámbitos universitarios y a la sociedad en general planteando la cuestión (p. 27).

El Libro Verde habla de retornos voluntarios y retornos forzosos. Y define el retorno forzoso (sin duda la figura más próxima a la expulsión) como “el retorno al país de origen o de tránsito mediante la amenaza del uso de medidas coercitivas o el uso mismo de estas medidas” (ANEXO I-Definiciones, p. 28).

Resulta claro que este retorno forzoso puede convertirse en expulsión masiva si se realiza sin respetar los Derechos Humanos de los extranjeros que residan ilegalmente. Aún resulta más clara esta posibilidad si contamos con el siguiente aspecto: El mismo Libro Verde afirma que “el retorno forzoso de residentes ilegales puede tener un efecto disuasorio tanto para los residentes ilegales en los Estados miembros como para los emigrantes ilegales potenciales fuera de la UE” (p. 8).

Podemos incluso observar un ejemplo en la práctica española: Como indica el Informe de Amnistía Internacional de 1997¹⁶, en junio de ese año 103 personas procedentes de varios países africanos, entre los que había solicitantes de asilo, fueron expulsadas de las ciudades de Melilla y Málaga en un avión militar. El mismo Informe observa que “durante el vuelo a algunos les suministraron agua que contenía sedantes y hubo informes de que varios fueron golpeados por agentes de policía”.

A) La prohibición de la expulsión colectiva por la costumbre internacional

Históricamente las expulsiones colectivas o masivas han sido calificadas como admisibles en derecho; pero este juicio ha variado sobre todo durante el s. xx. En la primera mitad de dicho siglo las expulsiones colectivas han sido consideradas como admisibles tan sólo en tiempo de guerra o como consecuencia de guerras¹⁷.

Sin embargo en el Derecho Internacional contemporáneo no cabe tal calificación; desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las expulsiones colectivas los violan de un modo flagrante.

Tres normas del actual ordenamiento internacional inciden en la prohibición de la expulsión colectiva:

1ª La que prohíbe las discriminaciones por motivos de raza, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, etc. Se trata de una norma a la vez consuetudinaria y convencional; en esta segunda formulación interesa destacar sobre todo el art. 1.3º, y el art. 55.c), de la Carta de las Naciones Unidas, que obliga a los Estados partes en ella a respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales sin ninguna discriminación.

(16) Titulado *Crónicas del terror y de la dignidad*; cita en pp. 177-178.

(17) Ver Ch. ROUSSEAU: *Droit International Public*, tomo III (Las competencias), París 1977, p. 21.

2ª La que obliga a respetar los derechos de la defensa, o sea la que prohíbe la arbitrariedad de los Estados en el trato con las personas, ya sean nacionales o extranjeras.

3ª La prohibición concreta de las expulsiones colectivas, que también se ha configurado por la vía consuetudinaria (una costumbre general, sintetizando la prohibición de la discriminación y la prohibición de la arbitrariedad) y por la convencional.

a) La división de la doctrina

Examino ahora la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros por la costumbre internacional. Para realizar el examen, hablaré de dos aspectos: La posición de la doctrina sobre la existencia o inexistencia de una costumbre internacional en esta materia y la afirmación de la existencia de dicha costumbre a través de tres prohibiciones: La prohibición de discriminar, la prohibición de la arbitrariedad en las expulsiones y la prohibición de la xenofobia.

En la doctrina actual han defendido la inexistencia de esta costumbre autores como Luke T. LEE; también ha adoptado una postura similar la INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION.

LEE presentaba en 1984 a la American Society of International Law un “Proyecto de Declaración de Principios de Derecho Internacional sobre la Expulsión Masiva”¹⁸. El citado Proyecto incluye un principio 4 en el que se lee: “La expulsión masiva de extranjeros, incluso los residentes de larga duración, trabajadores migrantes, refugiados y apátridas no debe ser arbitraria ni discriminatoria en su aplicación ni servir como pretexto para el genocidio, la confiscación de la propiedad o las represalias. El poder de expulsión debe ser ejercido de conformidad con los principios de buena fe, proporcionalidad y motivación, con el debido respeto de los derechos humanos básicos de los individuos afectados”.

Por tanto, en esa concepción, no se considera antijurídica la expulsión masiva en sí misma; se le añade esa consideración solamente cuando se viola alguno de los límites: Prohibición de la arbitrariedad, prohibición de discriminación, no ejercicio de la buena fe o la proporcionalidad, ausencia de motivación de la decisión o falta de respeto de los Derechos Humanos.

Si se examina en profundidad, esa concepción resulta imposible de compaginar con los Derechos Humanos: En realidad, toda expulsión masiva es una violación de los Derechos Humanos, como veremos después.

El principio 5 de este proyecto se refiere a la expulsión masiva de trabajadores indocumentados y afirma textualmente: “La expulsión masiva de trabajadores «indocumentados» o extranjeros también debe realizarse en plena conformidad con las normas aplicables de la Organización Internacional del Trabajo y otros instrumentos internacionales”.

(18) Texto en *Annual Meeting of the American Society of International Law*, Proceedings of the 78th Annual Meeting, Washington, 12-14 abril 1984, pp. 3443-3446.

Si no se prohíbe la expulsión masiva de extranjeros, todavía debería resultar más admisible la de trabajadores “indocumentados”. La apelación que se hace en el principio 4 a los derechos humanos y en el principio 5 a los convenios de la OIT resultaría así meramente retórica.

La misma senda abierta por LEE será seguida por la INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, en su Declaración de Principios de Derecho Internacional sobre Expulsiones Masivas, adoptada en Seúl en 1986¹⁹. En su principio nº 17 esta Declaración reitera el principio nº 4 de la preparada por LEE, con una pequeña salvedad: Entre las personas que no pueden sufrir la expulsión masiva (si es discriminatoria, arbitraria, etc.), incluye a los “solicitantes irregulares de asilo”. Pero también se admiten las expulsiones masivas si cumplen las condiciones antes indicadas.

El principio nº 18 se refiere (marchando por la senda marcada por el principio nº 5 de LEE) a los trabajadores “indocumentados”, introduciendo asimismo algunas modificaciones; habla de tales trabajadores “indocumentados” o “ilegales” y afirma que no pueden ser expulsados masivamente si se violan los convenios de la OIT u otros instrumentos internacionales “así como el Derecho Internacional consuetudinario”; no se aclara sin embargo cuál es el contenido Derecho Internacional consuetudinario en esta materia.

A mi entender, estas doctrinas que niegan la existencia de una costumbre general que prohíbe las expulsiones masivas, sufren un doble problema:

– En primer término la sobrevaloración de la discrecionalidad de los Estados en materia de expulsión de extranjeros; en este terreno habrá que recordar que los Estados pueden expulsar a los extranjeros pero cumpliendo unos requisitos. Esos requisitos son violados, quiebran en el caso de las expulsiones colectivas; no puede afirmarse, por ejemplo, que un Estado actúa de buena fe o respeta la proporcionalidad si expulsa masivamente a miles de nacionales de otro Estado.

– En segundo lugar, la escasa consideración de las normas vigentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; la adecuada consideración de estas normas conduce precisamente a la solución opuesta, a afirmar que la costumbre internacional prohíbe las expulsiones colectivas.

b) La prohibición consuetudinaria de la expulsión colectiva a través de la no discriminación y de la no arbitrariedad en las expulsiones

Puede recordarse a algunos autores como Louis CAVARÉ que defienden que existe esta prohibición de las expulsiones colectivas²⁰. Según estos autores se trata de una costumbre universal o general, que obliga pues a todos los Estados salvo a aquellos que se opusieron expresamente en

(19) Texto en *International Migration Review* 1986, vol. XX, nº 3, pp. 1048-1053.

(20) *Le Droit International Public Positif*, tomo 1, Pedone, París 1961, p. 283.

el momento en el que se estaba formando dicha costumbre. La misma idea la asume Marc SAND, al estudiar el 4 Protocolo adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos²¹.

Admitiendo la existencia de esta costumbre internacional general o universal se han pronunciado asimismo L.A. PODESTÁ COSTA y J.M. RUDA; afirman que “la expulsión de los extranjeros en masa importaría un acto de xenofobia y como tal es inadmisibles”²².

Sin duda la opinión mejor fundamentada corresponde a Jean-Marie HENCKAERTS. Partiendo de la prohibición de discriminar y de la prohibición de la arbitrariedad (la no arbitrariedad) en la expulsión de extranjeros, afirma este carácter consuetudinario²³.

Podemos hablar pues de una prohibición consuetudinaria indirecta, que se produce a través de dos principios: El que prohíbe discriminar y el que prohíbe la arbitrariedad en las relaciones entre Estados y extranjeros.

Hoy resulta claro que los Estados no tienen un poder absoluto para expulsar a los extranjeros; desde luego pueden defender sus legítimos intereses, disponen de un margen de apreciación, pero no disponen de semejante poder absoluto. Como escribiera G.S. GOODWIN-GILL en 1984, “el ejercicio del poder de expulsar exige justificación en los hechos y que se satisfagan las exigencias del debido proceso (por supuesto, según el Derecho Internacional)”²⁴.

La justificación de los hechos no permite ninguna expulsión por motivos de raza, nacionalidad, etc.; deben ser hechos imputables a la persona concreta a la que se va a expulsar y no simples pseudoargumentos económicos, raciales, religiosos. El respeto a las exigencias del debido proceso consiste en definitiva en el respeto de los derechos de la defensa y la prohibición de la arbitrariedad.

Ambos aspectos configuran a mi entender la norma consuetudinaria internacional que prohíbe las expulsiones masivas o colectivas de extranjeros. Veamos brevemente sus implicaciones más significativas.

– La prohibición de discriminar.

Si revisamos cualquier sistema de protección de los Derechos Humanos, comprobaremos cómo se basa en la prohibición de discriminar. Ello debe ser así porque los Derechos Humanos se atribuyen a todas las personas, por el mero hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad. De esta forma los Derechos Humanos igualan a todos; en tal sentido puede afirmarse que los principios de igualdad y no discriminación son elementos esenciales de los Derechos Humanos.

(21) “Le quatrième protocole additionnel à la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, *Annuaire Français de Droit International* 1964, p. 574.

(22) *Derecho Internacional Público 1*, Tipográfica Editorial Argentina 1988, p. 424.

(23) Op. cit., pp. 46 y ss., y p. 200, sobre todo.

(24) Ver su estudio *Mass expulsion*, International Institute of Humanitarian Law, Yearbook 1984, p. 96.

El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros

| 1

Por tanto, cuando un derecho se califica como humano, automáticamente debe concederse a todos, nacionales, extranjeros y apátridas. Digo que debe concederse a todos, pero después los Estados y sus ordenamientos internos los limitan en beneficio de unos pocos.

Normas sobre no discriminación existen de manera abundante tanto en el derecho escrito como en la costumbre internacional. En el derecho escrito recordaremos en primer término la Carta de las Naciones Unidas; en su art. 1, párrafo 3, y en su art. 55.c), obliga a los Estados partes a respetar los Derechos Humanos sin ninguna discriminación por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

Ya en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos podemos recordar los arts. 1 y 2 de la Declaración Universal, el art. 2.2º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el Protocolo adicional nº 12 a esta Convención Europea de Derechos Humanos, etc. Así, el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

La no discriminación prohíbe atribuir unos derechos a unas personas y negárselos a otras. Por tanto, este concepto plasma la idea de igualdad; una igualdad que debe estar presente en la ley, en la norma, pero también en la aplicación de la norma.

Debe quedar claro que la prohibición de discriminar no implica igualitarismo; implica tratar de modo igual a los iguales y de modo desigual a los desiguales. De esta manera puede admitirse el concepto de discriminación que da el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; en la sentencia dictada en 1985 en el caso ABDULAZIZ, CABALES Y BALKANDALI/REINO UNIDO se lee: “Una distinción es discriminatoria si carece de «justificación objetiva y razonable», o sea si no persigue un «fin legítimo» o si no existe «relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido»”²⁵.

La raza o etnia como elemento de discriminación ha operado claramente en expulsiones colectivas; la expulsión de unos 50.000 ugandeses de origen asiático así lo prueba de un modo fehaciente; fueron expulsados por el simple hecho de ser asiáticos. Desgraciadamente ello continúa en la actualidad. En los casos de expulsiones masivas, está claro que se discrimina por la raza, la nacionalidad, la religión. Se considera a las personas como entes colectivos, se demoniza a esos entes colectivos y se les expulsa.

¿Cuál es el contenido real de esta costumbre internacional que prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros? A mi entender, para delimitar ese contenido debemos tener presentes los siguientes aspectos:

1º No existe discriminación entre nacionales y extranjeros porque los primeros no puedan ser expulsados por su Estado y los segundos puedan sufrir la expulsión del Estado en el que son extranjeros.

(25) Sentencia de 28 de mayo de 1985, Serie A, nº 94, párrafo 72.

2º Sí existe discriminación cuando los extranjeros son expulsados masivamente; se produce entonces la utilización de un motivo de discriminación (la raza, nacionalidad, etcétera).

3º La motivación última de la expulsión es el grupo, no actos concretos de los individuos que lo forman; por tanto, esa motivación última se concreta en la arbitrariedad.

4º Puede darse una motivación individual a un importante número de personas y después realizar la expulsión colectivamente; en este caso, no estaríamos ante una conducta prohibida sino permitida por el Derecho Internacional. La motivación individual de la expulsión resulta así un elemento esencial o definitivo.

5º A pesar de todo, no es admisible que la motivación de la expulsión sea individual pero tan sólo formalmente; no es admisible por ejemplo que se repita la motivación de un modo idéntico o muy similar en todos los casos; en dicha hipótesis estaremos realmente ante una falsa motivación individual, ante una real motivación no individual.

– La prohibición de la arbitrariedad en las expulsiones.

Junto a la discriminación racial o de otro carácter, las expulsiones colectivas son esencialmente arbitrarias. También en esta dirección ha evolucionado el Derecho Internacional y existe actualmente una costumbre internacional que prohíbe las expulsiones arbitrarias.

El ordenamiento internacional plantea cuatro exigencias para que no exista arbitrariedad: La decisión de expulsión debe ser adoptada conforme a la ley, habrá de existir un motivo para la expulsión, la decisión de expulsión habrá de ser razonada y en todo caso deberá producirse el respeto de los derechos de la defensa de quien sufre la expulsión.

Para evitar la arbitrariedad, en todos los casos, las normas exigen que las expulsiones se realicen en cumplimiento de **una decisión adoptada conforme a la ley** (por ejemplo, art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o art. 1 del Protocolo adicional nº 7 a la Convención Europea de Derechos Humanos).

Comentando esa norma, el COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS de las Naciones Unidas indicaba que el art. 13 no se cumple “cuando las leyes o las decisiones prevén una expulsión masiva o colectiva”; en tal sentido, el mismo comentario termina diciendo que “al aplicar el art. 13, no se puede hacer discriminación entre diferentes categorías de extranjeros”, o sea entre extranjeros que residan legalmente en el territorio de un Estado y los que lo hagan ilegalmente²⁶.

En segundo lugar debe existir **un motivo para la expulsión**. El interés público, la salvaguarda de la seguridad o el orden público, son los motivos enunciados generalmente para las expulsiones. Por eso no caben las expulsiones motivadas por la raza, la religión, etc. Estas últimas en defini-

(26) Texto del comentario en <http://www.unhchr.ch/>, Comentario general 15 del Comité de Derechos Humanos, *La posición de los extranjeros en el Pacto*.

El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros

| 1

tiva son expulsiones en las cuales no se aplica un mínimo de buena fe o de imparcialidad al decidir las; al ser colectivas, tampoco se aplica el mínimo exigido de proporcionalidad.

No solamente debe haber una motivación sino que también es preciso recordar que no vale cualquier motivación. Los tratados internacionales señalan que la expulsión debe obedecer tan sólo a un interés del orden público o a la seguridad nacional (así se lee en el art. 1 del Protocolo adicional nº 7 a la Convención Europea de Derechos Humanos). Por tanto, en esta misma dirección es necesario recordar actualmente que ninguna norma internacional permite la expulsión masiva para buscar la “pureza de la raza”, o sea mediante las que solemos denominar como “limpiezas étnicas”.

En tercer lugar, la arbitrariedad se halla prohibida porque el Derecho Internacional exige que cada expulsión esté razonada o fundamentada individualmente. Tres aspectos sobresalen en esta dirección:

1º La necesidad de fundamentación; jurídicamente no cabe ninguna expulsión sin fundamentar. Si todo acusado tiene derecho a conocer de qué se le acusa, todo extranjero (que vaya a ser expulsado) tiene derecho a saber por qué se le expulsa.

2º La necesidad de que la motivación sea individual. No se puede expulsar a un grupo o raza o etnia con una motivación colectiva.

3º La necesidad de que la motivación individual sea sustantiva y no puramente formal: Realmente no existirá motivación si se examina solamente un caso de un extranjero, se dicta una decisión expulsándolo y el contenido de dicha decisión se aplica después (de modo automático o semiautomático) a todos los demás extranjeros que configuran un grupo.

En cuarto término lo que genéricamente denominamos como derechos de la defensa deben ser respetados en todo caso en las expulsiones. La arbitrariedad debe poder ser impugnada ante los correspondientes órganos internos (casi siempre tribunales, a veces órganos de otro tipo) o internacionales.

El Derecho Internacional consuetudinario exige el respeto de esos derechos de la defensa en todos los casos; es más, nos encontramos ante unos derechos que no pueden suspenderse ni siquiera en caso de guerra o de otro peligro que amenace la vida de la nación, como señalan los tratados internacionales.

Pues bien, prueba de que las expulsiones masivas son arbitrarias es que en ellas no se respetan estos derechos de la defensa, no se respetan los derechos que tenemos las personas incluso en situaciones extremas (guerra o peligro para la vida de la nación).

En síntesis, podemos afirmar que una expulsión masiva tomada sobre una base colectiva, o sea no basada en decisiones individuales, es *per se* ilegal. Resulta ilegal por discriminatoria y arbitraria.

B) La prohibición convencional de la expulsión colectiva

Algunos tratados internacionales de Derechos Humanos recogen la prohibición de la expulsión masiva de extranjeros. Analizaremos brevemente los textos adoptados por las Naciones Unidas o ámbito universal; nos detendremos después en los textos regionales. Finalmente interesa no olvidar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

a) Los textos adoptados por las Naciones Unidas

En dichos textos vemos dos referencias importantes: La Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

La Declaración era adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 1985²⁷. Partiendo de los Derechos Humanos y la no discriminación por razón de la nacionalidad, la Declaración se refiere a la expulsión en su art. 7.

La Declaración contempla exclusivamente la expulsión de los extranjeros que se hallen legalmente en territorio de un Estado; no se refiere pues a los que se hallen de modo ilegal. Prevé desde luego la expulsión individual, en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y respetando en general los derechos de su defensa.

Respecto a la expulsión colectiva, este mismo art. 7 indica: “Queda prohibida la expulsión individual o colectiva por motivos de raza, color, religión, cultura, linaje u origen nacional o étnico”.

En segundo lugar examinamos la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, adoptada el 18 de diciembre de 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁸. Se trata de un texto complejo, jurídicamente muy completo, en el cual pueden revisarse desde los conceptos básicos hasta categorías particulares de trabajadores migratorios y sus familiares.

A efectos de los derechos, la Convención de 1990 diferencia dos grandes categorías: Derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares (arts. 8-35) y otros derechos atribuidos a los documentados (arts. 36-56).

En la primera de las categorías nos encontramos con la prohibición de la expulsión colectiva. Según el art. 22, párrafo 1, “los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente”.

(27) Es la Resolución 40/144 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

(28) Era adoptada por la Resolución 45/158; en estos momentos la Convención todavía no está en vigor; precisa 20 ratificaciones y ha recibido tan sólo 19; lo más preocupante no es la tardanza en la ratificación y entrada en vigor (que parece que no puede demorarse demasiado) sino el hecho siguiente: Han ratificado Estados de origen de los migrantes (o sea, Estados en desarrollo) y no Estados de acogida (o sea, no la han ratificado los desarrollados).

El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros

Encontramos ahí la formulación jurídicamente más completa de la prohibición de la expulsión colectiva al menos por tres razones:

- Se introduce en esta norma todo el vigor de la prohibición de discriminar, inequívocamente afirmada en el mismo art. 7 de la Convención.
- Se exige el examen individual de cada posible caso de expulsión.
- Se exige la decisión individual sobre dicha expulsión.

Por tanto, la expulsión colectiva se prohíbe de modo tajante, claro, inequívoco.

Conviene no olvidar que el art. 22, en su párrafo 5, prevé que (cuando una decisión de expulsión ya ejecutada sea revocada ulteriormente) la persona interesada tendrá derecho a reclamar indemnización conforme a la ley y, además, no se hará valer la decisión revocada para impedir que esa persona entre de nuevo en el Estado expulsante; por tanto, se reconoce ahora el derecho a la indemnización del expulsado ilegalmente, pero no llega a reconocerse su derecho a volver a entrar en el territorio del expulsante, sino que tan sólo se afirma que la decisión ilegal no será usada contra la persona. Desde el punto de vista jurídico la norma se ha quedado a mitad de camino entre lo que debiera haber sido y lo que es realmente.

b) El art. 4 del protocolo adicional nº 4 a la Convención Europea de Derechos Humanos

En el ámbito regional se prohíben las expulsiones colectivas (en el Protocolo adicional nº 4 a la CEDH, el art. 22.9º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el art. 12.5º, de la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos) y estos tratados permiten a quienes las sufrieran recurrir a los correspondientes órganos de protección; ofrecen pues el mayor interés en cuanto los perjudicados pueden llevar su caso ante tales órganos.

El Protocolo adicional nº 4 a la Convención Europea de Derechos Humanos o Convención de Roma prohíbe en su art. 4 las expulsiones colectivas de extranjeros. En este caso concreto, estamos ante una prohibición absoluta, sin que quepa excepción alguna.

Podemos pues afirmar que esta prohibición resulta novedosa; en realidad estamos ante un derecho colectivo o de grupo pero protegido mediante el recurso individual; así se deduce por ejemplo de la sentencia dictada en 2002 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *CONKA/BELGICA*²⁹.

Es interesante destacar –como lo hace la más prestigiosa doctrina– que esta norma del protocolo adicional nº 4 se aplica a todas las personas, a todos los extranjeros, incluidos los apátridas, que se hallen de un modo legal o ilegal en el territorio de un Estado³⁰.

(29) A examinar después.

(30) Donna GOMIEN, David HARRIS y Leo ZWAAK: *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo 1996, p. 363. Esta tesis ha sido recogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia dictada en el caso *CONKA/BÉLGICA*, a analizar después.

c) Los textos americano y africano

El art. 22, apartado 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (de 1969) afirma: “Está prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”.

Por otro lado, la Organización para la Unidad Africana adoptaba la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en 1981. Su art. 12 recoge el derecho a la libertad de movimiento de las personas y en sus párrafos 4 y 5 se refiere a las expulsiones de extranjeros. El párrafo 5 de este mismo art. 12 afirma: “Queda prohibida la expulsión masiva de extranjeros. Expulsión masiva será aquella que afecte a grupos nacionales, raciales, étnicos o religiosos”.

De esta norma se deduce que la Carta (interpretando conjuntamente los párrafos 4 y 5) prohíbe las expulsiones masivas de extranjeros incluso aunque se hallen ilegalmente en territorio de un Estado; si no fuera así, los redactores de la Carta habrían indicado en el párrafo 5 que estaban prohibidas las expulsiones masivas de extranjeros que se hallasen legalmente en territorio de un Estado.

La Carta aporta otro dato de interés, ausente de otros tratados de Derechos Humanos: Señala que serán masivas las expulsiones que afecten a grupos nacionales, raciales, étnicos o religiosos. Por tanto ya califica el carácter masivo de una expulsión cuando afecte a un grupo de los indicados; ya indica el carácter grupal de la expulsión masiva.

d) Referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

El Consejo Europeo encargaba en 1999 a la denominada “Convención” la elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Dicha Carta fue aprobada en octubre de 2000 y proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 7 de diciembre de 2000 (reunión del Consejo Europeo en Niza).

La Carta de los Derechos Fundamentales contiene varias normas aplicables a los extranjeros. Contiene asimismo algunos derechos (agrupados en el capítulo V bajo el título de “Ciudadanía”) que generalmente se atribuyen a los ciudadanos de la Unión³¹ y no a los extranjeros.

Respecto a los derechos de los extranjeros, el art. 18 garantiza el derecho de asilo; también se protegen los derechos de la defensa (art. 47, que enuncia el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial). El art. 24 recoge a su vez los derechos del menor; en el párrafo 2 de esta norma se lee: “En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”; por tanto, este interés debe existir tanto en el caso de la expulsión de menores como en el caso de la expulsión de mayores que puedan dejar desamparados a menores (ruptura de la unidad familiar).

(31) Es ciudadano de la Unión Europea “toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro” (art. 17 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea).

El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros

I

Respecto a la expulsión de extranjeros, la Carta ofrece interés sobre todo en dos normas, los arts. 4 y 19. El art. 4 repite el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, afirmando que “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” por tanto, como ha puesto de relieve la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esa expulsión no puede realizarse en ciertas situaciones.

El art. 19 se titula “Protección en caso de devolución, expulsión y extradición”. Es la norma que tiene mayor trascendencia para el presente estudio.

Su párrafo 1 afirma: “Se prohíben las expulsiones colectivas”. De esta manera, como señalan las denominadas “Explicaciones relativas al texto completo de la Carta”³², la Unión Europea asume totalmente el contenido del art. 4 del Protocolo adicional nº 4 a la Convención Europea de Derechos Humanos. Según estas Explicaciones, el objetivo de esta norma “es garantizar que cada decisión se base en un examen concreto y que no se pueda decidir mediante una sola medida la expulsión de todas las personas que tengan la nacionalidad de un Estado determinado”.

Por tanto, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE pone el acento en dos aspectos:

– Se prohíben sobre todo las expulsiones colectivas basadas en la discriminación por razón de la nacionalidad. Digo sobre todo por cuanto, a pesar de que no lo afirmen textualmente las Explicaciones, la rotundidad de la redacción de esta norma permite afirmar que también se prohíben las expulsiones discriminando por motivos de raza, etnia, religión, etcétera.

– Se incide en el examen individual de las expulsiones; de esta manera se pretende evitar la arbitrariedad.

El párrafo 2 de este mismo art. 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales no resulta menos interesante: Recoge el principio de no devolución. Afirma: “Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Las Explicaciones afirman ahora que de esta manera se incorpora la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto al art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos; sin embargo, las Explicaciones pasan por alto la formulación consuetudinaria en el Derecho Internacional Público de esta norma de no devolución.

Desde el punto de vista del contenido, este art. 19 analizado resulta válido y admisible. Incluso puede afirmarse que a los Estados miembros de la Unión Europea que no han ratificado el Protocolo adicional nº 4 a la Convención Europea de Derechos Humanos (España, Grecia y el Reino Unido), les impone la misma obligación por otra vía.

(32) Texto en Internet, en la web del Consejo de la Unión Europea (<http://ue.eu.int>). Las Explicaciones se elaboraron bajo la responsabilidad del Praesidium, como señala la nota 1. La misma nota observa que “carecen de valor jurídico y tienen simplemente por objeto aclarar las disposiciones de la Carta”.

No obstante todo ello, ha de tenerse presente el valor jurídico general de la misma Carta de los Derechos Fundamentales. Ese valor, en estos momentos, no está claramente definido; la Carta no forma parte del Derecho Originario de la UE (los tratados constitutivos) ni del Derecho Derivado (reglamentos, directivas, etc.). Esperemos que en la revisión de los tratados constitutivos que debe finalizar en 2004 el contenido de la Carta se incorpore al Derecho de la UE (sobre todo, que se incorpore a los tratados citados).

Por otra parte, las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo celebrado en Sevilla (21-22 de junio de 2002) enlazan inmigración ilegal y celebración de tratados con Estados no miembros; indican en concreto que la Unión podrá no intensificar e incluso adoptar otro tipo de acciones contra los Estados de origen de la inmigración ilegal que no cooperen con ella; pues bien, la cooperación debe consistir en la readmisión de las personas que emigraron ilegalmente de esos Estados hacia la UE.

C) La práctica de los órganos internacionales de protección de derechos humanos

Vayamos ahora a la práctica de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Analicemos en primer término un órgano del sistema de las Naciones Unidas (sistema universal) y estudiemos después los órganos regionales, en concreto los europeos (Consejo de Europa) y americanos (Organización de los Estados Americanos).

a) La práctica del Comité de Derechos Humanos de la ONU

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, crea como órgano de protección el Comité de Derechos Civiles y Políticos. Pues bien, este Comité no debe confundirse con la Comisión de Derechos Humanos, órganos ambos que operan en el sistema de las Naciones Unidas.

El Comité de Derechos Humanos está formado por 18 personas que actúan a título individual, o sea no representan a ningún Estado. En cuanto a las competencias de este Comité se centran en el examen de los informes que le presentan los Estados y en el examen de las comunicaciones que le presenta un Estado contra otro Estado o un particular contra un Estado; hablamos de comunicaciones y no de demandas porque el Comité de Derechos Humanos no es un tribunal.

¿Qué ha dicho el Comité de Derechos Humanos en materia de expulsiones colectivas? Se ha referido al caso de la expulsión de haitianos y dominico-haitianos.

Los informes presentados por la República Dominicana a este Comité de Derechos Humanos terminan con unas OBSERVACIONES FINALES del Comité. Repasaremos brevemente las Observaciones Finales de 5 de mayo de 1993 y de 26 de abril de 2001.

El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros

I

En las primeras Observaciones Finales³³, el Comité responde al tercer informe periódico del mencionado Estado. En el punto que ahora nos interesa, el Comité señala los “Principales objetos de preocupación” y, en el párrafo 5 del Informe, puede leerse lo siguiente: “El Comité expresa su preocupación por la falta de protección ofrecida a los haitianos que viven o trabajan en el país contra abusos de derechos humanos tan graves como los trabajos forzados y los tratos crueles, inhumanos o degradantes. El Comité expresa su preocupación por el hecho de que la protección de los derechos humanos fundamentales de los extranjeros esté subordinada a la reciprocidad (...) Asimismo, a la vez que se ha impedido a muchos trabajadores haitianos que abandonen su lugar de trabajo, ha habido incidentes de expulsiones en masa del país. En tal sentido, el Comité considera que el Decreto Presidencial n° 233-91, que dio como resultado la deportación en masa de trabajadores haitianos menores de 16 años y mayores de 60, constituye una violación grave de varios artículos del Pacto”.

Las Observaciones del Comité de Derechos Humanos de 26 de abril de 2001 siguen constatando que la situación no ha mejorado demasiado. En 2001, el Comité:

“... siente gran preocupación por las continuadas informaciones respecto a las deportaciones masivas de personas de origen haitiano aun cuando se trate de ciudadanos dominicanos. Asimismo el Comité considera que la expulsión masiva de no nacionales es contraria al Pacto, ya que en estos casos no se tiene en cuenta, por ejemplo, la situación de aquellas personas para las cuales la República Dominicana ha de ser considerada como el propio país de la persona de conformidad con el párrafo 4 del art. 12; ni los casos en los cuales la deportación podría atentar contra el art. 7 debido al riesgo de trato cruel, inhumano o degradante como consecuencia de la deportación; ni aquellos en los cuales la legalidad de la estancia de la persona está en disputa (...) El Estado parte debe garantizar a todo ciudadano dominicano el derecho a no ser expulsado del país, así como proporcionar a todas aquellas personas sujetas a un proceso de deportación las garantías establecidas en el Pacto” (párrafo 16).

“El Comité siente preocupación por el abuso de la figura jurídica del inmigrante transeúnte que según informaciones recibidas puede llegar a ser una persona nacida en la República Dominicana de padres que a su vez nacieron en la misma y no obstante no se los considera como ciudadanos nacionales dominicanos. El Estado parte debe regular la situación de todas las personas presentes en la República Dominicana y proporcionarles los derechos recogidos en el art. 12 del Pacto” (párrafo 18).

Los párrafos transcritos muestran suficiente expresividad: El problema existía en 1993 y sigue en 2001. La efectividad de las acciones de los órganos internacionales de protección de los Derechos Humanos queda pues muy cuestionada.

b) La práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Especial referencia al caso CONKA/BÉLGICA

El TEDH rechazaba el 29 de febrero de 1999 la demanda presentada contra SUECIA por Vedran ANDRIC, en la cual se alegaba (entre otros aspectos) la violación del art. 4 del Protocolo adicional

(33) Doc. CCPR/C/79/Add. 18; texto en Internet en la página correspondiente al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (<http://www.unhchr.ch/>).

nº 4³⁴. El caso surge como consecuencia de la expulsión por parte de Suecia de numerosas personas de nacionalidad croata o bosnio-herzegovina; esas personas sufren la expulsión cuando la situación en Croacia y Bosnia-Herzegovina se estabiliza y cesan las hostilidades bélicas. Cuando Vedran ANDIC va a ser expulsado, el demandante alega que Suecia violaba dicha norma.

El TEDH, en la decisión citada, rechaza la admisibilidad del caso. El órgano judicial recuerda que por expulsión colectiva se entiende cualquier medida que obligue a los extranjeros, en cuanto grupo, a abandonar un país, excepto en el caso de que tal medida sea adoptada sobre la base de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada individuo. Por tanto, el hecho de que un importante número de extranjeros reciba decisiones semejantes no debe conducir a la conclusión de que estamos ante una expulsión colectiva si cada persona afectada ha tenido la oportunidad de presentar sus alegaciones individuales contra la expulsión ante la autoridad competente.

Como consecuencia de todo ello, el Tribunal rechaza esta demanda como manifiestamente mal fundada, aplicando el art. 35,3º, de la Convención. El caso ANDRIC/SUECIA no aporta pues demasiados datos; en realidad reafirma la jurisprudencia de la ya desaparecida COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS.

Por eso ofrece mucho mayor interés el caso CONKA/BÉLGICA (Sentencia de 5 de febrero de 2002).

Analizaremos los hechos, las alegaciones de las partes, lo que dice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y lo que decide. Terminaremos con unas ideas que expresan las lecciones a extraer de la sentencia.

LOS HECHOS.

—El 4 de octubre de 1999, J.C., M.C., N.C. y N.C., de nacionalidad eslovaca de origen gitano, formulan una demanda contra Bélgica ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se quejaban de la violación de varias normas por Bélgica, entre otras el art. 4 del Protocolo adicional nº 4.

Aducían que entre marzo y noviembre de 1998 fueron repetidamente agredidos en Eslovaquia por *skinheads*; durante una de esas agresiones, el primer demandante sufrió heridas y tuvo que ser hospitalizado; llamada la policía, no intervino.

Por esas razones, el 12 de noviembre de 1998 piden asilo en Bélgica. Sus peticiones eran rechazadas en marzo de 1999 por el Ministro belga del interior; esta medida fue recurrida por los demandantes. En mayo de 1999 la Sra C. fue condenada a 8 meses de prisión, por robo. Al ser puesta en libertad, se adoptó una nueva decisión según la cual debía abandonar el territorio belga en cinco días.

(34) Sentencia no publicada. Agradezco a la Secretaría del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el envío del texto de la misma.

El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros

I

– El Consejo de Ministros de Bélgica adoptaba el 1 de octubre de 1999 una “nota de orientación general relativa a una política global en materia de Inmigración”, nota que contiene las palabras siguientes: “Se está examinando un proyecto de repatriación colectiva, tanto para dar una señal a las autoridades eslovacas como para expulsar un gran número de ilegales cuya presencia no puede ser tolerada durante mucho tiempo”.

– El informe sobre Eslovaquia de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), de 15 de junio de 1998, afirma: “Los Romaníes/Gitanos en Eslovaquia, como en otros países de Europa central y oriental, pertenecen a la capa social más desfavorecida. Salvo ciertos casos aislados, viven fuera de la escena pública, alejados de los centros de decisión y de las principales corrientes de opinión de la vida política. Los Romaníes/Gitanos frecuentemente son las víctimas de la violencia *skinhead*; sufren regularmente la experiencia de malos tratos y de discriminaciones de las autoridades”.

– A finales de septiembre de 1999 la policía de Gante convoca a decenas de familias gitanas eslovacas. La convocatoria dice que se completarán los informes sobre las peticiones de asilo.

Sin embargo, el 29 de septiembre de 1999 a las personas convocadas (entre ellas las demandantes) se les comunica una nueva orden de abandonar el territorio belga y una decisión de privación de libertad con tal fin. El documento entregado a cada una de las personas, con una redacción idéntica en todos los casos, indicaba que podían recurrir contra la expulsión mediante el recurso de anulación y suspensión ante el Consejo de Estado; ese recurso se podía presentar en los 60 días siguientes a la notificación de la decisión de expulsión.

– Pocas horas después, los demandantes y otras personas son trasladadas, acompañadas de un intérprete, al centro cerrado de tránsito de Steenokkerzeel, el llamado centro “127 bis”, situado cerca del aeropuerto de Bruselas. El intérprete no permaneció con ellos más que unas pocas horas. Durante su estancia en ese centro fueron visitados por algunos parlamentarios belgas, el cónsul eslovaco, delegados de algunas ONGs y médicos.

Mientras tanto, la abogada de los demandantes (informada de su detención por el Presidente de la Liga de los Derechos de los Romaníes) enviaba a la Oficina de los Extranjeros un fax solicitando que sus clientes no fuesen expulsados porque debían cuidar a un familiar que se hallaba hospitalizado; pero la abogada no recurría las decisiones de expulsión y de privación de libertad adoptadas el 29 de octubre de 1999.

– El 5 de octubre de 1999 las familias afectadas fueron conducidas al aeropuerto militar de Melsbroek; allí se les apuntaba en la mano el número de asiento del avión en el que iban a ser expulsadas. Unas 70 personas son expulsadas el mismo día y quedan en libertad al llegar a Eslovaquia.

–El 23 de diciembre del mismo año, respondiendo a una pregunta parlamentaria, el Ministro de Interior de Bélgica declaraba: “Como consecuencia de la concentración de demandantes de asi-

lo de nacionalidad eslovaca en Gante, se ha organizado una repatriación colectiva (...) De los informes que he recibido del Alcalde de Gante y del Director General de la Oficina de Extranjeros, se deduce que esta operación ha sido correctamente preparada, a pesar de que la redacción desgraciada de la carta dirigida por la policía de Gante a cierto número de Eslovacos haya podido inducirles a error. Tanto la Oficina de Extranjeros como los servicios de policía de la ciudad de Gante quedaron sorprendidos por el gran número de Eslovacos que respondieron a la convocatoria que les había sido dirigida. Este elemento de hecho tuvo como consecuencia la detención de estas personas en el centro 127 bis para realizar su expulsión algunos días después..”

– En su demanda ante el TEDH los demandantes alegan la violación de los arts. 5 y 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos y del art. 4 del Protocolo adicional nº 4 a la misma Convención. Nos centramos en esta última norma que prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros.

ALEGACIONES DE LAS PARTES.

Sobre la violación del art. 4 del Protocolo adicional nº 4 las partes dicen (párrafos 56-58 de la sentencia) lo siguiente:

LOS DEMANDANTES: El término “expulsión colectiva” debe entenderse como cualquier medida colectiva de alejamiento del territorio. Si se distinguiera la decisión previa y la misma medida de expulsión, ello conduciría a vaciar de todo contenido esta norma, puesto que los ordenamientos de los Estados imponen hoy la existencia formal de una decisión individual pero anterior a la medida de expulsión, de tal manera que (si se distinguiera la decisión de su aplicación) actualmente no se condenaría ninguna expulsión colectiva y ello privaría de todo efecto útil al art. 4 del Protocolo adicional nº 4.

Tratándose en concreto de las decisiones de expulsión adoptadas contra los demandantes, éstos consideran que “traducen una voluntad afirmada por las autoridades de proceder a un tratamiento colectivo de la situación de un grupo de particulares, en el caso los Gitanos de Eslovaquia. Aducen como pruebas ciertos documentos oficiales, entre ellos las cartas enviadas el 24 de septiembre de 1999 por el Director General de la Oficina de Extranjeros al Ministro del Interior y al Comisario General para los Refugiados y los Apátridas, en las cuales el Director General anuncia un tratamiento rápido de las demandas de asilo de los nacionales eslovacos con el fin de dar una señal disuasoria clara a los potenciales nuevos demandantes”. Aducen asimismo la “Nota de orientación general relativa a una política global en materia de inmigración”, aprobada por el Consejo de Ministros el 29 de septiembre de 1999 (antes citada) y a la respuesta del Ministro del Interior de 23 de diciembre de 1999 (antes también citada).

“Estos elementos revelan un dispositivo general destinado a tratar colectivamente un grupo de particulares, desde la adopción de la decisión hasta la aplicación de la expulsión”. En este sentido, resultaría revelador que el proceso haya sido bautizado por las autoridades como operación Golfo. Por tanto, cualquiera que sea la apariencia formal de las decisiones adoptadas, no se podría afirmar que en este caso hay un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo.

El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros

I

EL GOBIERNO: Considera que no existe expulsión colectiva cuando la situación del extranjero demandante ha sido objeto de un examen individual y objetivo. La Oficina de Extranjeros y la Comisaría General para los Refugiados y los Apátridas, que es un órgano independiente, imparcial y cuasi-jurisdiccional, habrían dado a los demandantes la posibilidad de exponer su caso.

DICE EL TRIBUNAL

“59. El Tribunal recuerda su jurisprudencia según la cual es necesario entender por expulsión colectiva, en el sentido del art. 4 del Protocolo nº 4, toda medida que obligue a los extranjeros, en cuanto grupo, a abandonar un país, salvo en el caso de que tal medida haya sido adoptada al final de y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo (...) Pero ello no significa que, en los casos en los que se haya cumplido esta última condición, las circunstancias que rodean la aplicación de la decisión de expulsión no jueguen ningún papel en la apreciación del respeto del art. 4 del Protocolo 4 (cons. 59).

60. En el caso, las solicitudes de asilo de los demandantes han sido objeto de decisiones de rechazo adoptadas el 3 de marzo de 1999 y confirmadas el 18 de junio de 1999. Motivadas y acompañadas de una orden de abandonar el territorio el mismo día, las decisiones de 3 de marzo de 1999 fueron adoptadas tras un examen de la situación personal de los interesados, partiendo de sus alegaciones. En cuanto a las decisiones de 18 de junio de 1999 también se fundamentan en motivos deducidos de la situación personal de los demandantes y remiten a la orden de abandonar el territorio de 3 de marzo de 1999, los recursos urgentes presentados contra la cual habían suspendido sus efectos.

61. El Tribunal advierte sin embargo que las medidas de detención y de salida impugnadas han sido adoptadas en ejecución de una orden de abandonar el territorio fechada el 29 de septiembre de 1999, que se fundamentaba únicamente en el art. 7, apartado 1.2º, de la Ley sobre los Extranjeros, sin otra referencia a la situación personal de los interesados más que el hecho de que su permanencia en Bélgica excedía de tres meses. En particular el documento no hacía ninguna referencia a la solicitud de asilo de los demandantes ni a las decisiones de 3 de marzo y 18 de junio de 1999 adoptadas en la materia. Ciertamente estas decisiones estaban acompañadas de una orden de abandonar el territorio, pero por sí sola esta (orden) no autorizaba el arresto de los demandantes. El arresto era ordenado por primera vez por la decisión de 29 de septiembre de 1999, con un fundamento legal extraño a su solicitud de asilo, pero suficiente sin embargo para poder aplicar las medidas impugnadas. En estas condiciones y a la vista del gran número de personas del mismo origen que han conocido igual suerte que los demandantes, el Tribunal considera que el procedimiento seguido no puede excluir cualquier duda sobre el carácter colectivo de la expulsión.

62. Estas dudas se hallan reforzadas por un conjunto de circunstancias como el hecho de que, antes de la operación impugnada, las instancias políticas responsables habían anunciado operaciones de este tipo y dado instrucciones a la administración competente para su realización (párrafos 30 y 31 anteriores); que todos los interesados fueron convocados simultáneamente en la comisaría; que las órdenes de abandonar el territorio y de arresto que les fueron entregadas presentaban una redacción idéntica; que era muy difícil para los interesados contactar con un abogado; en fin, que el procedimiento de asilo no había terminado todavía.

63. En síntesis, en ningún momento del período que transcurre desde la convocatoria de los interesados en la comisaría hasta su expulsión, el procedimiento seguido ofrecía garantías suficientes que atestiguaran una consideración real y diferenciada de la situación individual de cada una de las personas afectadas.”

DECIDE EL TEDH:

1º Por unanimidad que ha existido violación de los arts. 5.1º, 5.4º, y 13 de la Convención.

2º Por cuatro votos contra tres, que ha existido violación del art. 4 del Protocolo adicional nº 4. Los tres jueces discrepantes adjuntaron a la Sentencia sus Opiniones.

3º Por unanimidad que no ha existido violación del art. 5.2º.

4º Por seis votos contra uno que BÉLGICA debe pagar 10.000 euros por daño moral y 9.000 euros por costas y gastos procesales.

LAS LECCIONES A EXTRAER DEL CASO CONKA.

Del concepto de expulsión colectiva dado por el TEDH cabe deducir que ésta afecta a un grupo de extranjeros en cuanto tal, ya se hallen legalmente en el territorio de un Estado, ya lo estén ilegalmente. No obstante pierde tal carácter colectivo si ha sido adoptada tras un examen objetivo y razonable de cada caso. Pero ese examen objetivo y razonable debe dar lugar a una motivación también objetiva y razonable: En otros términos, no puede admitirse que se ha realizado tal examen si la motivación de las decisiones de expulsión son idénticas o muy similares en todos los casos; entonces habrá existido también un examen del grupo en cuanto grupo, no de las personas individualmente consideradas.

Cuando se prohíbe sin embargo la expulsión colectiva, ello no significa que un Estado, por razones de economía o de eficacia, no pueda realizar una expulsión en grupo en un solo medio de transporte: Cabe dicha expulsión si existen varias personas cuya situación ha sido analizada individualmente de un modo objetivo y razonable. Por tanto, deberemos diferenciar la expulsión colectiva (prohibida por el Derecho Internacional Público) y la expulsión en grupo (no prohibida).

¿Cuál es la razón última de que se prohíba la expulsión colectiva? Desde los tratados internacionales de Derechos Humanos (que protegen sobre todo derechos individuales, no de grupo) parece claro que esa razón se halla en el desconocimiento de los derechos individuales de las personas, en la consideración de éstas tan sólo como miembros de un grupo, no como personas individualmente consideradas. Al fundir a la persona en el grupo, se olvidan sus derechos.

El concepto de expulsión colectiva corre el riesgo de convertirse en simplemente formal; para evitarlo se exige el examen objetivo y razonable de la situación de cada persona a expulsar. Además, para que la expulsión no esté prohibida por el art. 4 del citado Protocolo nº 4, debe ser realizada en las debidas condiciones. Por ello en la apreciación del cumplimiento de esta norma juegan las circunstancias mismas de la expulsión.

Por tanto, la condena de Bélgica no se debió al hecho de que los demandantes fuesen repatriados en grupo por avión, sino a otras circunstancias, indicadas en el considerando 62. Circuns-

El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros

| 1

tancias a mi entender decisivas: Las declaraciones de autoridades públicas, la convocatoria simultánea de las personas a expulsar, su detención también simultánea, la redacción idéntica de las órdenes de expulsión, la enorme dificultad para contactar con un abogado, el hecho de que el procedimiento de asilo no hubiera terminado.

Ante tal cúmulo de circunstancias, si el TEDH hubiera decidido que no existía expulsión colectiva, el efecto útil de esta norma habría desaparecido. La proclamación del art. 4 del Protocolo adicional nº 4 no habría servido de nada; habría sido una proclamación totalmente formal, meramente teórica.

Uno de los aspectos más interesantes del caso CONKA es el relativo a la redacción idéntica de la motivación de las decisiones de expulsión. Si se ha procedido a un examen individualizado y objetivo, resulta claro que la motivación debe ser también individualizada y objetiva; por tanto, la redacción idéntica de la motivación de tales decisiones debe considerarse como prueba fehaciente de que no ha existido ese examen individualizado y objetivo; esta redacción idéntica debería considerarse como elemento clave para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considerara una expulsión como colectiva y como contraria al citado art. 4 del Protocolo adicional nº 4. Pues bien, de la sentencia no se deduce que ello suceda y en tal sentido la actitud del TEDH resulta criticable.

Existe otro aspecto de gran importancia, indirectamente ligado con esta expulsión colectiva; me refiero al engaño o la trampa de la que fueron objeto las personas expulsadas colectivamente. En efecto, fueron convocadas con el fin de completar el informe relativo a su solicitud de asilo; después serían detenidas y expulsadas.

El TEDH no examina esta cuestión en relación con la expulsión colectiva sino en relación con la detención previa a la expulsión (art. 5.1º, de la Convención Europea de Derechos Humanos). Los demandantes alegaban que habían sufrido una trampa y que, cuando fueron convocados, las autoridades tenían la sola intención de privarlos de libertad para expulsarlos; ello constituiría una desviación de poder. El Gobierno niega que pretendiera engañarlos y habla de una “pequeña artimaña”; a pesar de todo, el Ministro del Interior lamentó públicamente la “redacción desgraciada” de la convocatoria.

En esta materia, afortunadamente, el TEDH es muy claro; según la sentencia (cons. 42) el art. 5.1, de la Convención contiene una lista de excepciones al derecho a la libertad de cada persona y esa lista es exhaustiva y debe interpretarse estrictamente. Pues bien la citada norma tiene también su reflejo “en la fiabilidad de comunicaciones tales como las dirigidas a los demandantes, tengan los interesados residencia legal o no. De ello deduce el Tribunal que no es compatible con el art. 5 que, en el marco de una operación planificada de expulsión y con el objeto de facilidad o de eficacia, la administración decida conscientemente engañar a las personas, incluso en situación ilegal, sobre el fin de una convocatoria, para poder privarlas mejor de su libertad”.

La lectura de este considerando de la sentencia dictada en el caso CONKA permite deducir que tales prácticas no resultan válidas en ningún caso, ni siquiera en el caso de los extranjeros que

se hallen ilegalmente en territorio de un Estado. Pueden hallarse ilegalmente en tal territorio, pero son personas y tienen derechos humanos.

c) La práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El caso de la expulsión masiva de los haitianos y dominicanos-haitianos

En el ámbito americano nos encontramos con dos órganos de protección de los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ambos tienen cierta práctica en cuanto a las expulsiones colectivas de extranjeros, sobre todo respecto a la expulsión de haitianos por la República Dominicana.

Para abordar correctamente la práctica de la Corte Interamericana hay que destacar la importancia de las medidas provisionales en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dice el art. 63.2º, de la Convención Americana: “En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

Dos posibilidades de medidas provisionales se contemplan pues en esta norma: Las adoptadas *motu proprio* por la Corte en casos a ella sometidos y las adoptadas a solicitud de la Comisión.

Las medidas provisionales son obligatorias. Pero sólo pueden imponerse a los Estados partes en la Convención Americana. La práctica, en las expulsiones colectivas, está configurada por medidas provisionales adoptadas en 2000 y 2001 a favor de haitianos y dominicanos de origen haitiano.

La primera Resolución de la Corte fue adoptada el 7 de agosto de 2000³⁵ a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En ella se solicitaba que la Corte oyese a dos personas, el sacerdote católico P.R. y la señora S.P., ambos trabajando desde hacía años a favor de los haitianos y dominico-haitianos. Contra la opinión de la República Dominicana, la Corte admitió esa audiencia.

La segunda Resolución la adoptaba la Corte el 18 de agosto de 2000³⁶. En ella se constataba que la República Dominicana no había cumplido la medida cautelar de la misma Comisión Interamericana que le solicitó que cesaran las expulsiones masivas y que todas las expulsiones respetaran el requisito del debido proceso. Según los demandantes ante la Comisión Interamericana, había un promedio de unas 2000 deportaciones, realizadas mediante redadas colectivas, sin procedimiento alguno que permitiera identificar la nacionalidad de los expulsados ni su estatus migratorio ni sus vínculos familiares. Obviamente la Comisión solicitaba a la Corte que adoptase medidas provisionales para que se suprimieran las expulsiones masivas y se respetasen los Derechos Humanos.

(35) Texto en *Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2000*, anexo XIII, pp. 171 y ss. Todas las resoluciones de la Corte en esta materia pueden consultarse asimismo en Internet (<http://www.corteidh.or.cr>).

(36) Texto en *Informe 2000 de la Corte*, anexo XIV, pp. 177 y ss.

El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros

| 1

Esta Resolución de la Corte advierte en primer término “que es un atributo de la República Dominicana tomar decisiones soberanas acerca de su política de inmigración, las cuales deben ser compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana”; por tanto, la soberanía existe en esta materia pero una soberanía compatible con los Derechos Humanos.

En segundo término la Corte indica que no se ha probado suficientemente ante ella que la República Dominicana mantenga “una política de Estado de deportaciones y expulsiones masivas en violación de las normas expresas en la Convención; sin embargo, los testimonios presentados en la referida audiencia pública permiten a la Corte establecer una presunción *prima facie* de la ocurrencia de casos en los que individuos son objeto de abusos...”

Por otra parte la Corte adoptaba otra Resolución sobre esta materia el 12 de noviembre de 2000 sobre dos personas. En ella reitera las medidas provisionales respecto a esas dos personas y rechaza las alegaciones de la República Dominicana según las cuales no ha sido probado que ambas personas posean su nacionalidad.

Ya en 2001 la Corte adoptaba otra vez medidas provisionales sobre la materia mediante su Resolución de 26 de mayo³⁷; en ellas afirma que la República Dominicana debe mantener las citadas medidas que ya incluyen a nueve personas. Tales medidas protegerán la vida y la integridad personal, pero también obligan a no expulsar a algunas de estas personas, a admitir a otras expulsadas ilegalmente y a permitir la reunificación familiar.

El análisis de estas medidas provisionales permite llegar a algunas conclusiones:

1ª La Corte dulcifica la situación a favor del Estado implicado y la reconduce a casos individuales;

2ª La Corte no está demasiado interesada en analizar el fenómeno grupal de las expulsiones masivas sino las consecuencias individuales;

3ª La Corte está facultada para decidir que un Estado no debe expulsar a una persona; si dicho Estado la expulsa, violará la Convención Americana sobre Derechos Humanos; pues bien, esta facultad también la tiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos;

4ª La Corte Interamericana de Derechos Humanos está facultada asimismo para requerir a un Estado para que admita en su territorio a una persona expulsada ilegalmente. Aquí nos encontramos con un aspecto muy positivo que existe en el ámbito americano y que sin embargo no existe en el europeo.

(37) Texto en *Comunicado de Prensa CDH-CP1/01 Español*, pp. 9-10.

II. CONCLUSIONES

1ª Las expulsiones colectivas o masivas de extranjeros no son solamente una triste realidad del pasado, sino también una triste y trágica realidad del presente. Su existencia reciente puede comprobarse en todos los continentes.

2ª Las normas internacionales han evolucionado sobre todo en el siglo xx. De admitir las expulsiones masivas de extranjeros, se ha pasado a su prohibición. La evolución ha sido posible gracias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

3ª Existe hoy una costumbre internacional que prohíbe estas expulsiones, no las individuales. Esa norma opera a través de dos principios, firmemente fijados en el actual ordenamiento internacional: La prohibición de discriminar y la prohibición de la arbitrariedad.

4ª Algunos tratados internacionales de Derechos Humanos también prohíben las expulsiones masivas; así sucede en la Convención Internacional para la Protección de los Derechos Humanos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (adoptada en el ámbito de la ONU), el Protocolo adicional nº 4 a la Convención Europea de Derechos Humanos (Consejo de Europa), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos) y la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (Organización de la Unidad Africana). Idéntica prohibición se encuentra en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que no es un tratado internacional. Desde luego los tratados solamente obligan a los Estados partes en ellos (o sea a quienes los han ratificado o se han adherido a ellos).

5ª Los tratados internacionales de Derechos Humanos citados ofrecen un plus de protección respecto a la norma consuetudinaria que prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros: Los órganos creados por esos tratados pueden actuar contra las expulsiones colectivas.

6ª En el ámbito europeo tiene una gran incidencia la sentencia dictada en febrero de 2002 en el caso *CONKA/BÉLGICA* por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su incidencia reside sobre todo en el hecho de que se trata de la expulsión colectiva de nacionales eslovacos, que residen ilegalmente en Bélgica, y en el hecho de que concede a los expulsados una compensación económica.

7ª En el ámbito americano sobresalen las medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la expulsión masiva de los haitianos por la República Dominicana. Desde luego el sistema americano es el más completo en esta materia, pues la Corte Interamericana puede ordenar a los Estados partes la readmisión de los extranjeros masivamente expulsados y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tan sólo puede fijar una compensación económica.

JAVIER GALPARSORO GARCÍA
Abogado del Ilustre Colegio del
Señorío de Vizcaya, Presidente de CEAR Euzkadi

II

La crisis del derecho de asilo

RESUMEN

El Tratado de Ámsterdam introduce importantes modificaciones en el Tratado de la UE que suponen desde el 1 de mayo de 1999 que la política de asilo y normas mínimas para concesión del estatuto de refugiado, la libre circulación de personas, la política de visados, el cruce de fronteras exteriores de la Unión, la política de inmigración y los derechos de nacionales de terceros Estados han pasado a ser materia de responsabilidad comunitaria. La soberanía del Estado español y de los demás Estados miembros de la UE cede a favor de dicha instancia supranacional.

El Tratado establece que las nuevas medidas se adopten en un plazo máximo de 5 años por lo que se hace necesario un mayor control, participación y debate de la sociedad civil para que las disposiciones comunitarias no supongan limitaciones a los solicitantes del derecho de asilo como excusa que legitime la aprobación de medidas más restrictivas.

Amsterdam Treaty introduces important modifications in EU Treaty that imply from 1st May 1999 that asylum policy and minimum rules to concede refugee statute, free circulation of persons, permits policy, Union's external borders crossing, immigration policy and the rights of third States' nationals have become a Community responsibility. Spanish Nation's sovereignty and that of the other EU Member Nations give up in favour of that supranational organization

The Treaty establishes that the new measures be adopted in a maximum time of 5 years, so it is necessary a greatest control, participation and discussion of the civilian population in order to avoid community's orders involving restrictions to asylum right applicants as a excuse to approve more restrictive measures.

El Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, en vigor desde el 1 de mayo 1999, introdujo importantes modificaciones en el tratado de la UE en concreto en su art. 2 donde se establece como uno de los objetivos de la Unión mantener y desarrollar la misma como un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y lucha contra la delincuencia.

Asimismo dicho Tratado de Ámsterdam varía sustancialmente el tratado constitutivo de la Comunidad Europea en particular el título IV referido en sus arts. 61 a 73 a Visados, Asilo, Inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas introduciendo la base constitucional y fundamento jurídico sobre el que se asienta la nueva competencia comunitaria en materia de Inmigración y Asilo. Desde el 1 de mayo de 1999 la política de asilo, la libre circulación de personas, la política de visados, las reglas sobre el cruce de las fronteras exteriores de la Unión, la política de la inmigración y los derechos de los nacionales de terceros Estados han pasado a ser plenamente materias de responsabilidad comunitaria en las que la soberanía del Estado Español como las de los demás Estados miembros de la Unión Europea se delimitaba en favor de dicha instancia supranacional estando previstas la adopción de una serie de medidas configuradoras de un sistema Europeo de Inmigración y Asilo en un plazo de 5 años desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (antes del 1 de mayo de 2004).

Estas reformas suponen que la normativa española en materia de Asilo, Inmigración, y Derechos de los Extranjeros se va a ver profundamente afectada en un breve plazo de tiempo como consecuencia de las disposiciones emanadas de la UE, reformas que alcanzarán al resto de los países integrantes de la Unión.

Hasta la fecha se ha aprobado en el ámbito del Asilo una decisión por la que se crea el Fondo Europeo para los Refugiados (FER) por decisión del Consejo de 28 de septiembre de 2002; el reglamento EUODAC por decisión del Consejo de 11 de diciembre de 2000 relativo a la creación de un sistema para la comparación de las impresiones dactilares en aplicación efectiva del Convenio de Dublín y una Directiva sobre protección temporal de 20 de julio de 2001 relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas tendentes a la realización de un esfuerzo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. Sobre la mesa del Consejo existen otras propuestas decisivas presentadas por la Comisión en las que parece mucho más complicado un acuerdo político sobre todo en lo tocante a medidas represivas o de cooperación en materia de terrorismo tras los trágicos acontecimientos del 11-S.

La crisis del derecho de asilo

II

Entre las propuestas más importantes pendientes de discusión presentadas por la Comisión relativas al derecho de asilo en la UE cabe destacar las siguientes:

– Propuesta de Directiva del Consejo sobre derecho a la reunificación familiar presentada por la Comisión el 1 de diciembre de 1999.

– Propuesta de Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros en aras a conceder o retirar el Estatuto de Refugiado presentadas por la Comisión el 20 de septiembre de 2000.

– Propuesta de Directiva del Consejo relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración presentada por la Comisión el 13 de marzo de 2001.

– Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de Asilo en los Estados miembros de la UE presentada por la Comisión el 3 de abril de 2001.

– Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de Asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país presentada por la Comisión el 26 de julio de 2001.

– Propuesta de Directiva del Consejo 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 otro tipo de protección internacional presentada por la Comisión el 12 de septiembre de 2001.

A la vista de lo anterior los problemas más acuciantes que adoptan las políticas europeas de asilo e inmigración son los siguientes:

1º) Nula o escasa protección dispensada hasta ahora por el Derecho Comunitario a los derechos de los nacionales de terceros Estados.

En el marco regional europeo se da una peculiar coexistencia entre dos sistemas de protección o con incidencia sobre los derechos fundamentales: es el del Consejo de Europa y el de la UE.

El primero de ellos integrado actualmente por 43 Estados (entre ellos los 15 de la UE pero no la Unión como tal) tiene como instrumento principal en esta materia el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, que incide sobre todo en los Derechos Civiles y Políticos y extiende sus efectos a todas las personas que dependan de cualquier forma de la jurisdicción de los Estados parte con independencia de su nacionalidad (art. 1 de dicho Convenio).

El segundo de ellos abarca fundamentalmente los Derechos Económicos y Sociales (además de algunos civiles incluyendo algunos políticos en la ciudadanía de la Unión) y tradicionalmente se ha dirigido o beneficiado de manera casi exclusiva a los nacionales de los Estados miembros.

En el ámbito de la UE la situación y derechos de los nacionales de terceros Estados solicitantes de asilo o apátridas no fue una cuestión prevista en los tratados constitutivos sino que los Estados se vieron obligados a cooperar sobre todo a partir de 1986 cuando el Acta única propugnó la creación del mercado interior (un espacio sin fronteras interiores en que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está asegurada) con objeto de garantizar a los ciudadanos de la Unión los beneficios y la existencia de ese espacio sin fronteras interiores.

Hay que añadir que el Tribunal de Justicia de la UE a diferencia de su importante y progresiva jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de los nacionales de los Estados miembros sobre todo a partir de 1970 no se ha preocupado en absoluto de la protección de los derechos fundamentales de los extranjeros.

2º) La forma en la que está previsto regular estas materias adolece de un grave déficit democrático y los mecanismos de protección tienen serios condicionamientos y limitaciones.

A diferencia de lo que ocurre con otras políticas de la Unión, la de Inmigración y Asilo adolece todavía de un grave déficit heredado de los tiempos del oscurantismo de SCHENGEN poniendo de manifiesto que hay dos parámetros a la hora de proteger los derechos fundamentales: uno aplicado a los ciudadanos de la UE y otro a los extranjeros procedentes de terceros países.

Conforme a lo dispuesto en el art. 67 del Tratado de la CE las decisiones en este ámbito se toman por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior con una serie de particularidades que ponen de manifiesto una vez más el doble rasero aplicado por la UE sin la protección de los derechos fundamentales y la nula voluntad de los Estados en establecer mecanismos eficaces de control jurisdiccional de su actuación en esta materia.

En el ámbito de la política de Inmigración y de Asilo de la Unión se ha instaurado tras el Tratado de Ámsterdam un sistema de decisión que equivaldría a regular los derechos de los inmigrantes sobre los solicitantes de asilo mediante Orden Ministerial aprobada por el Ministro del Interior de turno sin sometimiento alguno al Congreso de los Diputados y sin posibilidad para los jueces de controlar jurisdiccionalmente la legalidad de sus actos y disposiciones. El Parlamentario Graham WATSON en unas recientes declaraciones al ECRE, indicaba: “pueden citarse tres lugares en el mundo donde los Ministros se dedican a legislar a puerta cerrada y al margen de un Parlamento democráticamente elegido sobre cuestiones que afectan a los derechos fundamentales de las personas: La Habana (Cuba), Pyongyang (Corea del Norte) y el Consejo de Ministros de la UE (en Bruselas)”.

Esta situación tampoco puede aceptarse para aquellos que aun no siendo nacionales de Estados buscan la protección en los mismos y se trata precisamente de las personas más indefensas y desprotegidas a la hora de hacer valer los derechos que ostentan con arreglo a la Constitución

Española y a las obligaciones asumidas por nuestro país en materia de protección de los refugiados (Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y Protocolo de New York de 1967 sobre Estatuto de Refugiados) así como en materia de Derechos Fundamentales inherentes a la dignidad de la persona (Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención contra la Tortura; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales).

3º) Necesaria participación de la sociedad civil y debate previo de la posición española en el diseño de las políticas europeas.

El Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración aprobado por Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2001 (programa GRECO) establece como acción a adoptar la participación española en el diseño de la política de Inmigración, Frontera y Asilo de la UE y prevé como medidas específicas contribuir e intervenir en la discusión de las propuestas para el desarrollo del título IV del Tratado constitutivo de la Unión.

Pero llama la atención poderosamente que entre los órganos responsables para la adopción de dichas medidas se encuentran única y exclusivamente los Ministerios de Interior y de Asuntos Exteriores sin que se prevea ninguna medida de información pública que afecte a los derechos de los inmigrantes solicitantes de asilo y refugiados ni tampoco participación o simple consulta del Parlamento, de la sociedad civil, de los agentes sociales o de los propios inmigrantes y refugiados, ni tampoco de organismos como el ACNUR u ONGs que generalmente son consultadas en este ámbito.

En el apartado 4.1 del Programa GRECO se contempla también como otra acción a adoptar “la imprescindible adaptación de la normativa de asilo a las directrices que emanen de la UE: En este ámbito de las actividades de la Unión se hace necesario un mayor control, participación, información y debate por parte de la sociedad civil en la formación de la voluntad estatal ante las instancias comunitarias”. Observamos que no se han establecido mecanismos de control, participación y consulta de la sociedad civil previos al mantenimiento de una determinada postura de la representación española ante las instancias comunitarias lo que supone deslegalizar de hecho esta materia y suprimir todo debate sobre la misma pese a que la administración española defiende posiciones que se desconocen en el ámbito nacional y que luego una vez aprobada la norma se presentan como impuestas por las instancias comunitarias.

No se entiende en definitiva que los Derechos y Libertades de los extranjeros se regulen en el ámbito interno mediante Ley Orgánica tras un debate en el que tampoco ha participado toda la sociedad civil, para que a continuación las posiciones que se van a adoptar ante las instituciones Comunitarias y que van a afectar a posiblemente a esa misma materia se conozcan y debatan exclusivamente en los pasillos del Ministerio del Interior.

Además la opinión de la propia Comisión en su comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo “Hacia un procedimiento de asilo común y un estatuto uniforme” para las personas a las

que se concede asilo, de 22 de noviembre de 2000, indica que los representantes de la sociedad civil, asociaciones, y organizaciones no gubernamentales, y los entes territoriales y colectividades locales deberán también ser socios de este nuevo sistema como participantes y enlaces de los valores del asilo en Europa.

4º) La adaptación de la legislación Española a la normativa emanada de la Unión Europea.

La adaptación de la normativa Española a las disposiciones comunitarias que se adopten con base en el título IV del Tratado de la CE sobre todo en lo que respecta a las directivas comunitarias no supone necesariamente como en muchas ocasiones se pretende por la Administración Española una limitación o restricción de los derechos y libertades de solicitantes de asilo, refugiados, o extranjeros en general y además esa adaptación debe respetar no solo las instrucciones de Derecho Comunitario sino también las obligaciones internacionales asumidas por España en materia de protección de refugiados y de derechos fundamentales.

a) Respetto de las disposiciones y prácticas nacionales más beneficiosas para los nacionales de terceros Estados o que supongan un mayor nivel de protección.

El mantenimiento del sistema de protección para los refugiados y desplazados se encuentra previsto entre las líneas clásicas establecidas en el Programa GRECO debiendo destacar que las medidas a adoptar por la UE en materia de asilo constituyen un derecho comunitario de mínimos. Las medidas institucionales que permite adoptar dicho título del tratado en materia de asilo consisten esencialmente en normas mínimas (art. 63) es decir un conjunto normativo que confirma el mínimo común denominador en el que los Estados han consentido en obligarse. Y asimismo no se elimina la posibilidad de que cualquiera de los Estados miembros mantenga o introduzca disposiciones nacionales de mayor protección para los solicitantes de asilo y refugiados siempre que sean compatibles con el Tratado constitutivo de la CE, así como cuantos Tratados y obligaciones internacionales vigentes en la materia.

De lo que se deduce que las disposiciones de Derecho Comunitario no pueden suponer ninguna limitación de los Derechos y Libertades de solicitantes de asilo, refugiados, o extranjeros vigentes en España ni tampoco restricción o retroceso en los avances nacionales en materia de integración y derechos de los extranjeros, solidaridad, y protección, como excusa que legitime indebidamente la adopción de normas o prácticas más restrictivas a nivel nacional.

Los avances son fruto de un consenso social en el marco de un Estado democrático y de derecho que asume como indica el programa GRECO que “la lucha por la democracia y libertad no puede tener fronteras y que los ciudadanos de aquellos países donde las dictaduras o los fundamentalismos ahogan cada día los derechos de las personas y muchos de ellos sufren persecución por querer alcanzarlos o rescatarlos, deben saber que en España encontrarán un espacio de libertad para ellos y sus familias”.

b) Respetto de las obligaciones internacionales: referencia al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

El art. 6 del Tratado de la Unión Europea establece que: “... la Unión se basa en principios de libertad, democracia, respeto a los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros” y a continuación establece en su apartado 2º que “... la Unión respetará los Derechos Fundamentales tal y como se garantiza en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y como resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario”.

Asimismo el art. 63.1 del Tratado constitutivo parte del postulado de que las medidas en materia de asilo deben adoptarse con arreglo a la Convención de Ginebra y el Protocolo de New York, principio que fue afirmado en la cumbre de Tampere de 15-16 de octubre de 1999 en que los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la UE efectuaron declaraciones como las de reiterar el respeto absoluto y el derecho a solicitar asilo; su voluntad de trabajar con vistas a la creación de un sistema europeo común de asilo basado en la plena y total aplicación de la Convención de Ginebra, y observación del principio de no devolución.

De manera que cada uno de los Estados miembros –y por supuesto también España– están obligados a respetar las obligaciones internacionales individualmente asumidas en materia de protección de refugiados y también de protección de derechos fundamentales, obligación de carácter individual con independencia de su pertenencia a la UE e incluso el propio contenido de las Disposiciones Comunitarias.

Entre las obligaciones internacionales en materia de derechos fundamentales de obligado respeto por España destaca el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y en concreto su art. 3 (prohibición de los tratos inhumanos o degradantes); art. 8 (derecho a la protección de la vida familiar); art. 14 (prohibición de discriminación en la expulsión); y art. 50 (satisfacción equitativa a la parte lesionada) así como la interpretación efectuada en las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos principalmente a partir de 1989 con sus Sentencias en los asuntos SOERING/Reino Unido de 7 de julio de 1989; Cruz Varas/SUECIA de 20 de marzo de 1991, o CHAHAL/Reino Unido de 15 de noviembre de 1996.

A través de dicha Jurisprudencia se amplía la formulación del llamado principio de “no devolución” contenido en el art. 33 de la Convención de Ginebra por el que ningún Estado contratante podrá por expulsión o devolución poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o libertad peligre por causa de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, u opiniones políticas. Se establece que una devolución, expulsión o extradición no pueden vulnerar el art. 3 de dicho Convenio cuando existan razones serias para creer que la persona en cuestión si es expulsada se enfrentará a un riesgo de sufrir torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes en el Estado de destino .

Estos principios al igual que la Convención de Ginebra de 1951 forman parte de las fuentes de protección internacional en el ámbito regional europeo y en los Estados miembros de la UE

todos ellos firmantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El papel de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta esencial para el pleno desarrollo del derecho de asilo en los Estados miembros y la existencia de una persecución individual (elemento fundamental de la Convención de Ginebra) no es la única razón para conceder asilo en Europa aunque la Convención de Ginebra sea el pilar central. El art. 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE adoptada en el Consejo Europeo de Niza de 7-9 de diciembre de 2000, establece que nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a la tortura o a otras penas o tratos inhumanos y degradantes.

Todo ello nos lleva a plantearnos varias reflexiones en torno a la denominada actualmente “Protección subsidiaria” sobre la cual los Estados miembros deben adoptar una serie de normas mínimas antes del 1 de mayo de 2004 normas a las que deberá adaptarse la normativa española actualmente muy confusa y arbitraria y precariamente contemplada en el art. 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición del Refugiado parcialmente modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, así como el art. 31.3 de su Reglamento de aplicación en su redacción modificada por el RD 864/2001 en cuanto al Reglamento de Extranjería.

Por el momento se propone un concepto amplio e integrador de la protección internacional en el que quedarían englobadas tanto la protección tradicionalmente dispensada a quienes se reconoce la condición de refugiado con arreglo a la Convención de Ginebra, como la protección subsidiaria dispensada a quienes, pese a no reunir las condiciones para ser reconocidos como refugiados, se encuentran en una situación que impide su expulsión o devolución con arreglo a otros instrumentos internacionales, estableciéndose un Estatuto de Protección para estas personas, estatuto que si bien es positivo en cuanto va más allá de la simple obligación estatal de no devolución, es incomprensiblemente de rango inferior al de los refugiados en cuanto a duración y derechos.

Aunque la propuesta de la Comisión supone un cierto avance en relación a la actual regulación española debe indicarse que la denominada protección subsidiaria no puede constituirse como a veces se pretende en una forma de vaciar de contenido la convención de Ginebra restringiendo al máximo su aplicación y reconduciendo a los refugiados a un precario estatuto “B” o *de facto* sino que debe constituir un avance con respecto a dicha Convención en el ámbito regional Europeo ampliando el Derecho de Asilo contemplado en el art. 14.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos a nuevos supuestos derivados tanto del momento histórico actual como de las obligaciones asumidas por los Estados Europeos en materia de protección de los Derechos Fundamentales.

Debe insistirse en que esta figura no es una protección graciable dispensada por el Estado en el ejercicio de su soberanía como parece entenderlo el Ordenamiento Español, ni puede condicionarse a criterios puramente discrecionales o arbitrarios por cuanto los Estados miembros de la UE no pueden en ningún caso devolver, expulsar, o extraditar a ningún extranjero, directa o indirectamente, a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a torturas u otras

La crisis del derecho de asilo

II

penas o tratos inhumanos o degradantes, tenga o no dicho extranjero la condición de refugiado y sea cual fuere el contenido mínimo de las disposiciones comunitarias que se adopten sobre esta materia.

Debe destacarse que en un Estado democrático en el que se presumen vigentes los principios de solidaridad y protección de las personas no existe ninguna justificación para conceder a los beneficiarios de dicha protección subsidiaria unos derechos inferiores a los derivados del reconocimiento de la condición de refugiado ni tampoco puede configurarse un estatuto derivado de dicha protección que sea sencillamente inexistente dando de esa forma lugar a un tratamiento contrario al art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que deje sin efecto la finalidad última de garantía colectiva de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Internacional
Privado. Universidad de León

III

Principios inspiradores y objetivos de la nueva reforma del Derecho español de la nacionalidad: las principales novedades de la Ley 36/2002, de 8 de octubre

RESUMEN

Para poder analizar las novedades y principios inspiradores de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, nos hemos centrado en los textos previos que dieron lugar al inicio de la nueva reforma. Una vez examinado el *iter* legislativo comenzamos estudiando los principales cambios. De un lado, veremos las disposiciones que tienen como beneficiarios a los hijos y nietos de los emigrantes de origen español, por lo que se abordan los arts. 20.1 b), 22.2.f) y 24.3 del Cc. Por otro lado, también se profundiza sobre las disposiciones destinadas a los propios emigrantes, concretamente, los arts. 24.1 y 26 del Cc. Estos dos preceptos resucitan la doble nacionalidad por razón de emigración prevista en el Ordenamiento español durante la vigencia de la Ley 51/1982. En síntesis, se puede concluir que la reforma llevada a cabo por la Ley 36/2002 tiene como finalidad reparar algunos de los perjuicios que se ocasionaron o que se estaban ocasionando para los emigrantes y sus descendientes.

To be able to analyze newness and inspiring rudiments of 36/2002 Law, 8th October, we have centred on previous texts which lead to the new reform. After the legislative *iter* been examined we start studying the main changes. On one hand, we'll see the provisions which have the Spanish origin emigrants' children and grandchildren as beneficiaries [articles 20.1.b), 22.2.f) and 24.3 Cc]. On the other hand, we'll also make a profound study about provisions design for in-migrants themselves (articles 24.1 y 26 Cc specifically). These two orders revive the double nationality based on emigration provided in the Spanish laws during the 51/1982 Law operation. To sum up, it can be said that the 36/2002 Law reform tries for repair some of the damages caused, or that were caused to emigrants and their descendants.

SUMARIO

I. Introducción: múltiples intentos de reforma. A) Introducción. B) Múltiples intentos de reforma.

II. Principios y objetivos de las diversas propuestas de modificación. A) La reforma proyectada en la Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso. a) Generalidades. b) Integración de inmigrantes e hijos de inmigrantes. a') Nueva ordenación de la institución de la atribución por nacimiento en España. b') Reducción de los plazos de naturalización y eliminación de la renuncia a la nacionalidad anterior. c') Eliminación de la residencia y de la renuncia en la recuperación de la nacionalidad española. B) La reforma proyectada en la Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso. a) Objetivos de la reforma. b) Protección de los emigrantes y sus familiares. C) Principios que inspiran la Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida.

III. Novedades incorporadas por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, sobre modificación del Código Civil en materia de nacionalidad. A) La finalidad de la Ley 36/2002. B) Protección de los emigrantes y familiares. a) Disposiciones que van a beneficiar directamente a los descendientes. a') La declaración de opción prevista en el art. 20.1.b) del Cc. b') La naturalización por residencia: reducción del plazo para los hijos o nietos de originarios españoles: art. 22.2.f) del Cc. c') Doble nacionalidad desde la menor edad: una exigencia nueva de declaración de mantenimiento. d') Pérdida por sanción. C) Disposiciones que van a beneficiar directamente a los emigrantes e hijos. a) Doble nacionalidad: declaración prevista en el art. 24.1.1 del Cc. b) Recuperación de la nacionalidad española: una nueva redacción del art. 26 del Cc. D) Otras disposiciones innovadoras en materia de nacionalidad incluidas en la Ley 36/2002. a) Plazo de resolución de los expedientes en materia de adquisición y recuperación de nacionalidad. b) "Vacatio legis". c) Disposición derogatoria.

IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: MÚLTIPLES INTENTOS DE REFORMA

A) Introducción

La reciente aprobación de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad¹, nos permite escribir unas líneas sobre su contenido y la necesidad o no de esta nueva reforma y también reflexionar sobre el hecho de si nuestro legislador sabe realmente cuáles son los principios que guían o que deben guiar, en estos momentos, el Derecho español de la nacionalidad. Por tanto, debemos valorar si los objetivos perseguidos por este nue-

(1) BOE, 9 de octubre de 2002, pp. 35638-35640.

vo cambio se han conseguido plasmar legislativamente o si por el contrario debemos pensar en la necesidad de volver a insistir sobre una nueva redacción de los arts. 17 a 26 del Cc o mejor de una Ley especial en materia de nacionalidad.

Por el momento, para poder analizar las novedades y principios inspiradores de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, vamos a centrarnos en los textos que dieron lugar al inicio de la nueva reforma. El *iter* legislativo comienza con la presentación de tres Proposiciones, en concreto: de la Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, por la que se modifica el Código Civil en materia de nacionalidad de 20 de febrero de 2001², de la Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso, por la que se modifica el Código Civil en materia de nacionalidad de 12 de marzo de 2001³; y de la Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, en materia de adquisición y recuperación de la nacionalidad de 15 de octubre de 2001⁴. Estas tres proposiciones fueron aceptadas para su tramitación

(2) *BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 115-1, de 9 de marzo de 2001, pp. 1-4. Dicha Proposición fue discutida en el Pleno del Congreso y aceptada por 296 votos a favor de los 296 votos emitidos (*Cortes Generales. DSCD, Pleno y Diputación Permanente*, VII Legislatura, nº 134, de 5 de febrero de 2002, pp. 6799-6810). Toma en consideración (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie B, nº 115-2, de 11 de febrero de 2002, p. 5). Acuerdo subsiguiente a la toma en consideración: apertura de un plazo de quince días para la presentación de enmiendas (ibid., nº 115-3, de 15 de febrero de 2002, p. 7). Ampliación del plazo para la presentación de enmiendas (ibid., nº 115-4, 6 de marzo de 2002, p. 9; ibid., nº 115-5, de 13 de marzo de 2002, p. 11; ibid., nº 115-6, de 20 de marzo de 2002, p. 13; ibid., nº 115-7, de 25 de marzo de 2002, p. 15). Enmiendas (ibid., nº 115-8, de 9 de abril de 2002, pp. 17-33). Índice de enmiendas al articulado (ibid., nº 115-9, de 12 de abril de 2002, pp. 35-36). Avocación por el Pleno del debate y votación (ibid., nº 115-10, de 6 de mayo de 2002, p. 37). Informe de la Ponencia y nuevo texto resultante de la unificación de las Proposiciones de Ley con los números de expediente 122/000102, 109 y 150 (ibid., nº 115-11, de 16 de mayo de 2002, pp. 39-40).

(3) *BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 122-1, de 16 de marzo de 2001, pp. 1-4. Dicha Proposición fue discutida en el Pleno del Congreso y aceptada por 296 votos a favor de los 297 votos emitidos (*Cortes Generales. DSCD, Pleno y Diputación Permanente*, VII Legislatura, nº 134, de 5 de febrero de 2002, pp. 6799-6810). Toma en consideración (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie B, nº 122-2, de 11 de febrero de 2002, p. 5). Acuerdo subsiguiente a la toma en consideración: apertura de un plazo de quince días para la presentación de enmiendas (ibid., nº 122-3, de 15 de febrero de 2002, p. 7). Ampliación del plazo para la presentación de enmiendas (ibid., nº 122-4, 6 de marzo de 2002, p. 9; ibid., nº 122-5, de 13 de marzo de 2002, p. 11; ibid., nº 122-6, de 20 de marzo de 2002, p. 13; ibid., nº 122-7, de 25 de marzo de 2002, p. 15). Enmiendas (ibid., nº 122-8, de 9 de abril de 2002, pp. 17-34). Índice de enmiendas al articulado (ibid., nº 122-9, de 12 de abril de 2002, pp. 37-38). Avocación por el Pleno del debate y votación (ibid., nº 122-10, de 6 de mayo de 2002, p. 39). Informe de la Ponencia y nuevo texto resultante de la unificación de las Proposiciones de Ley con los números de expediente 122/000102, 109 y 150 (ibid., nº 122-11, de 16 de mayo de 2002, pp. 41-42).

(4) *BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 168-1, de 26 de octubre de 2001, pp. 1-4. Dicha Proposición fue discutida en el Pleno del Congreso y aceptada por 294 votos a favor de los 294 votos emitidos (*Cortes Generales. DSCD, Pleno y Diputación Permanente*, VII Legislatura, nº 134, de 5 de febrero de 2002, pp. 6799-6810). Toma en consideración (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie B, nº 168-2, de 11 de febrero de 2002, p. 5). Acuerdo subsiguiente a la toma en consideración: apertura de un plazo de quince días para la presentación de enmiendas (ibid., nº 168-3, de 15 de febrero de 2002, p. 7). Ampliación del plazo para la presentación de enmiendas (ibid., nº 168-4, de 6 de marzo de 2002, p. 9; ibid., nº 168-5, de 13 de marzo de 2002, p. 11; ibid., nº 168-6, de 20 de marzo de 2002, p. 13; ibid., nº 168-7, de 25 de marzo de 2002, p. 15). Enmiendas (ibid., nº 168-8, de 9 de abril de 2002, pp. 17-34). Índice de enmiendas al articulado (ibid., nº 168-9, de 12 de abril de 2002, pp. 37-38). Avocación por el Pleno del debate y votación (ibid., nº 168-10, de 6 de mayo de 2002, p. 39). Informe de la Ponencia y nuevo texto resultante de la unificación de las Proposiciones de Ley con los números de expediente 122/000102, 109 y 150 (ibid., nº 168-11, de 16 de mayo de 2002, pp. 41-42).

y cada una de ellas fue objeto de más de cinco decenas de enmiendas⁵. Ahora bien, la complejidad de llevar a cabo una reforma con tres proposiciones hizo necesario que la Comisión de Justicia e Interior optase por un texto único⁶. El caos en el debate parlamentario se logra mediante la elaboración y presentación por la mencionada Comisión de la Proposición de Ley sobre modificación del Código Civil en materia de nacionalidad de 13 de mayo de 2002⁷. La tramitación de la misma en el seno del Congreso fue excesivamente acelerada, pues fue aprobada por la Comisión de Justicia e Interior, el 20 de mayo⁸ y en el Pleno del día 23 de mayo⁹. El texto inicial fue modificado puntualmente en ciertas cuestiones por la aceptación de algunas enmiendas de los diversos Grupos Parlamentarios¹⁰. Aprobado el texto en el Congreso pasó al Senado¹¹ que nombró una Ponencia que se reunió el día 9 de septiembre para discutir las 54 enmiendas que se pre-

(5) A la proposición del Grupo Socialista se presentaron 50 enmiendas (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 115-8, de 9 de abril de 2002, pp. 17-33). La proposición del Grupo Popular fue objeto de 53 enmiendas (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 122-8, de 9 de abril de 2002, pp. 17-34) y, por su parte, a la propuesta del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida también se presentaron 54 enmiendas (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 168-8, de 9 de abril de 2002, pp. 17-34).

(6) El texto elaborado por la Comisión toma como modelo la Proposición presentada por el Grupo Popular (vid. nota 3) e introduce los cambios sugeridos en las Enmiendas nº 33 a 41 también presentadas por el Grupo Popular a su propia iniciativa (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 122-8, de 9 de abril de 2002, pp. 28-30).

(7) Proposición de Ley sobre modificación del Código Civil en materia de nacionalidad de 9 de mayo de 2002, presentada por la Comisión de Justicia e Interior (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 241-1, de 16 de mayo de 2002, pp. 1-5).

(8) Ratificación de la Ponencia designada para informar la proposición de ley de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad y emisión de dictamen, a la vista del informe elaborado por la ponencia, sobre la proposición de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad (*Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisiones. Justicia e Interior*, VII Legislatura, nº 495, sesión nº 55, de 20 de mayo de 2002, pp. 15906-15929). Dictamen de la Comisión y escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa en el Pleno (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 241-2, de 23 de mayo de 2002, pp. 7-11).

(9) Debate en el Pleno del dictamen sobre la proposición de Ley de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad (*Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, VII Legislatura, nº 164, sesión nº 158, de 23 de mayo de 2002, pp. 8284-8299). Aprobación por el Pleno (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 241-3, de 30 de mayo de 2002, p. 13).

(10) El texto aprobado por la Comisión de Justicia e Interior tan sólo fue modificado en tres cuestiones: en primer lugar, por una enmienda *in voce* se introdujo una modificación en el tenor literal la letra f) al párrafo 2º del art. 22 del Cc, para incorporar al grupo de los beneficiarios a la reducción de un año al "... nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles"; en segundo lugar, mediante una enmienda transaccional se produjo la supresión del término "efectiva" que se exigía a la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud de la nacionalidad por naturalización por residencia. En cuanto este tema, la Portavoz del Grupo Parlamentario Popular se manifestó en los siguientes términos: "Entendemos también -vamos a ofrecer una enmienda transaccional- que el término efectiva, recogido en el artículo 22.3, puede ser repetitivo. Como se contempla que la palabra continuada puede asumir perfectamente lo que quiere decir y a lo que quiere llevar la palabra efectiva, retiráramos de nuestra proposición el término efectiva, con lo cual quedaría el punto 3: En todos los casos, la residencia habrá de ser legal y continuada e inmediatamente anterior a la petición". Y por último, se ha añadido una disposición final, sobre la *vacatio legis*, por la aceptación de la Enmienda 32 del Grupo Parlamentario Socialista.

(11) Texto remitido al Senado [*BOCG, Senado*, VII Legislatura, Serie III B, nº 5 (a), de 3 de junio de 2002, pp. 1-4].

sentaron¹²; pero, la Ponencia¹³, la Comisión reunida el 18 de septiembre¹⁴ y finalmente el Pleno del Senado, en su sesión de 25 de septiembre de 2002, adoptan el mismo texto remitido por el Congreso rechazando todas las enmiendas¹⁵.

Al ser aprobado el texto enviado por el Congreso, sin alteración alguna, nos encontramos con un nuevo cambio en esta materia, que, en principio, entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el *BOE* en virtud de lo establecido en la disposición final¹⁶.

En este comentario nos vamos a ocupar esencialmente de indagar si a nivel legislativo los parlamentarios tienen o no claridad sobre los principios y valores que deben regir en España en un tema tan complejo en el que se aúnan unos colectivos muy dispares: los emigrantes y sus descendientes residentes en el extranjero y por otra parte el incremento del colectivo de inmigrantes que viven en nuestro país. Ahora bien, la complejidad es aún mayor cuando nos encontramos con que muchos de los integrantes del primer grupo –descendientes de españoles– han pasado a engrosar considerablemente el número de los integrantes del segundo colectivo.

Por ello nos interesa, antes de pasar a examinar la modificación llevada a cabo, examinar las tres Proposiciones referenciadas para ver si al menos los diversos Grupos Parlamentarios que integran las Cortes Generales tienen puntos en común sobre los aspectos fundamentales del derecho español de la nacionalidad.

B) Múltiples intentos de reforma

En los últimos años, en concreto, desde la entrada en vigor de la Constitución, por necesidad de desarrollar el art. 11 de nuestra Carta Magna, se han llevado a cabo varias modificaciones en esta materia. Baste recordar la Ley 51/1982¹⁷, la Ley 18/1990, Ley 15/1993 y la Ley 29/1995¹⁸. Ahora bien,

(12) Enmiendas [ibíd., nº 5 (b), de 18 de junio de 2002, pp. 5-25].

(13) Informe de la Ponencia [ibíd., nº 5 (c), de 12 de septiembre de 2002, p. 27].

(14) El debate en la Comisión de Justicia del Senado celebrado el día 18 de septiembre de 2002 (*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia*, VII Legislatura, nº 323, 18 de septiembre de 2002, pp. 1-9). Dictamen de la Comisión [*BOCG, Senado*, VII Legislatura, Serie III B, nº 5 (d), 20 de septiembre de 2002, pp. 29-31].

(15) El debate y aprobación definitivo del texto se llevó a cabo en la sesión del día 25 de septiembre 2002 (*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado*, VII Legislatura, nº 102, Sesión del Pleno, de 25 de septiembre de 2002, pp. 6161-6172). Texto aprobado por el Senado (*BOCG, Senado*, VII Legislatura, Serie III B, nº 5 (e), 30 de septiembre de 2002, p. 33).

(16) El texto entrará en vigor el 9 de enero de 2003.

(17) Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS: *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, Tecnos, 1982; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Nacionalidad y emigración*, Madrid, La Ley, 1990; J. GIL RODRÍGUEZ: *La nacionalidad española y los cambios legislativos*, Madrid, Colex, 1993.

(18) Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Guía de la nacionalidad española*, 2ª ed, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996; P. JUÁREZ PÉREZ: *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Madrid, Uned/Marcial Pons, 1998.

de haber prosperado alguna de las propuestas de reforma ya tendríamos que haber estudiado algún que otro cambio legislativo¹⁹. Desde principios de mil novecientos noventa y seis hasta la actualidad –dejando a un lado las tres proposiciones objeto de estudio– se han realizado las siguientes nueve propuestas:

1. Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, por la que se modifica el Código Civil en materia de adquisición y recuperación de la nacionalidad, de 22 de mayo de 1996²⁰.
2. Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, por la que se modifica el Código Civil en materia de nacionalidad, de 22 de octubre de 1996²¹.
3. Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, por la que se modifica el Código Civil en materia de adquisición y recuperación de la nacionalidad de 27 de noviembre de 1998²².
4. Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, por la que se modifica el Código Civil en materia de nacionalidad de 10 de febrero de 1999²³.

(19) Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, "Movimientos migratorios y derecho de la nacionalidad. Especial referencia a la legislación española vigente y a las propuestas de reforma", *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. II, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 107-178; íd.: "Doble nacionalidad y emigración: pasado, presente y futuro", *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n.º 28, 2001, pp. 149-183.

(20) *BOCG, Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie B, n.º 30-1, de 31 de mayo de 1996, pp. 1-3. Dicha Proposición fue discutida en el Pleno del Congreso y posteriormente rechazada por 158 votos en contra y 152 votos a favor (*Cortes Generales. DSCD, Pleno y Diputación Permanente*, VI Legislatura, n.º 47, 10 diciembre de 1996, pp. 2338-2350).

(21) *BOCG, Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie B, n.º 63-1, de 8 de noviembre de 1996, pp. 1-4. Dicha Proposición fue discutida en el Pleno del Congreso y posteriormente rechazada por 158 votos en contra y 152 votos a favor (*Cortes Generales. DSCD, Pleno y Diputación Permanente*, VI Legislatura, n.º 47, 10 diciembre de 1996, pp. 2338-2350).

(22) *BOCG, Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie B, n.º 261-1, de 7 de diciembre de 1998, pp. 1-3. Dicha propuesta fue rechazada por 158 votos en contra y 141 votos a favor (*Cortes Generales. DSCD, Pleno y Diputación Permanente*, VI Legislatura, n.º 280, 14 diciembre de 1999, pp. 15067-15073).

(23) *BOCG, Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie B, n.º 278-1, de 22 de febrero de 1999, pp. 1-4. Dicha propuesta fue rechazada por 159 votos en contra y 140 votos a favor (*Cortes Generales. DSCD, Pleno y Diputación Permanente*, VI Legislatura, n.º 280, 14 diciembre de 1999, pp. 15067-15073).

5. Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Popular, por la que se modifica el art. 20 del Código Civil en materia de nacionalidad de 27 de abril de 1999²⁴.

6. Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, por la que se modifica el Código Civil en materia de nacionalidad de 5 de abril de 2000²⁵.

7. Proposición de Ley sobre la reforma del Código Civil en materia de nacionalidad de 12 de febrero de 2002, presentada por el Grupo Parlamentario de Senadores de Coalición Canaria²⁶.

8. Proposición de Ley sobre la reforma del Código Civil en materia de nacionalidad de 6 de marzo de 2002, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, a iniciativa de los Senadores de Izquierda Unida²⁷.

9. Proposición de Ley para ampliar el acceso a la nacionalidad española de los descendientes de ciudadanos españoles, de 23 de mayo de 2002, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto²⁸.

También en el Senado esta materia ha sido objeto de debate al hacerse eco de un problema que están sufriendo algunas mujeres de origen español residentes en Oriente Medio²⁹. Junto con estas propuestas también debemos hacer hincapié en ciertos compromisos adquiridos: de un

(24) *BOCG, Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie B, nº 303-1, de 10 de mayo de 1999, pp. 1-2. En esta Proposición la idea estaba clara en la exposición de motivos al señalar que: “Desde este punto de vista, se aprecia que la coyunturalidad de los diversos plazos de opción que arbitraron las Leyes 18/1990, de 17 de diciembre; 15/1993, de 23 de diciembre, y 29/1995, de 2 de noviembre, ha de ser superada en pro de una disposición de carácter permanente favorecedora del colectivo de emigrantes”. El texto que se solicitaba era el siguiente: El primer párrafo del artículo 20 del Código Civil queda redactado como sigue: “1. Tienen derecho a optar por la nacionalidad española las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español de origen, aunque este último haya perdido la suya, así como las que se hallen comprendidas en el último apartado de los artículos 17 y 19”. Además para eliminar situaciones injustas se prevé una disposición transitoria con el siguiente tenor: “Las personas incluidas en los supuestos del artículo 20.1 del Código Civil, que no pudieran, por razón de edad, ejercitar el derecho de opción conforme a lo previsto en el mismo, podrán hacerlo sin ese requisito si formalizan su declaración antes del 1 de diciembre del año 2000” (ibíd., pp. 1-2).

(25) *BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 7-1, de 24 de abril de 2000, pp. 1-4). Dicha propuesta fue rechazada por 181 votos en contra, 133 a favor y 5 abstenciones (*Cortes Generales. DSCD, Pleno y Diputación Permanente*, VII Legislatura, nº 14, de 20 de junio de 2000, pp. 559-567).

(26) *BOCG, Senado*, VII Legislatura, Serie III A, nº 19 (a), de 14 de febrero de 2002, pp. 1-2.

(27) *BOCG, Senado*, VII Legislatura, Serie III A, nº 19 (b), de 6 de marzo de 2002, pp. 3-5.

(28) *BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 247-1, de 31 de mayo de 2002, pp. 1-2.

(29) Moción ante el Pleno del Senado presentada el 16 de octubre de 2000 por el Grupo Parlamentario Socialista por la que se insta al Gobierno a la adopción de determinadas medidas en relación con las personas inscritas en el Registro Consular de Jordania que puedan haber perdido o no adquirido la nacionalidad española por la aplicación de diversas leyes que sucesivamente han regulado la materia, así como a averiguar la existencia de otros casos similares en Oriente Medio (*BOCG. Senado*, VII Legislatura, Serie I, nº 79, de 23 de octubre de 2000, pp. 7-8). Dicha moción fue aprobada por asentimiento de la Cámara con la modificación introducida por la Enmienda del Grupo Popular (*Cortes Generales. DSCS, Sesión del Pleno*, VII Legislatura, nº 18, de 24 de octubre de 2000, pp. 822-828). Texto de la Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado a la mencionada moción (*BOCG. Senado*, VII Legislatura, Serie I, nº 85, de 2 de noviembre de 2000, pp. 5-6).

lado, la recomendación contenida en el informe de 27 de febrero de 1998 elaborado por la Subcomisión del Congreso de los Diputados, creada para el estudio de la situación de los españoles que residen en el extranjero³⁰; y, por otro, la exigencia contenida en el punto seis de la moción presentada por el Grupo Mixto, sobre medidas para mejorar, jurídica y económicamente, la situación de los emigrantes españoles, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 17 de octubre de 2000³¹. En definitiva, se da cumplimiento a las peticiones hechas por el Consejo General de la Emigración en los últimos tres años³².

Dejando a un lado, el hecho de que en nuestra opinión probablemente este no sea la mejor forma de plantear la reforma; pues partimos de la base de la conveniencia de proceder a una revisión global no parcheada lo cual exigiría partir de un Proyecto de Ley de reforma del Derecho español de la nacionalidad bajo los auspicios del Ministerio de Justicia propiciando una regulación completa fuera del Código Civil³³ en la que se tuviera en cuenta especialmente el Convenio del Consejo de Europa sobre nacionalidad de 6 de noviembre de 1997³⁴.

(30) Informe presentado por la Subcomisión para estudiar la situación de los españoles que viven fuera, así como la de los inmigrantes y refugiados que han llegado a nuestro país; conocer a fondo sus necesidades y reivindicaciones prioritarias; proponer las medidas -legales y sociales- que sea conveniente adoptar para conseguir solucionar los problemas existentes, incluye la modificación de la Ley de Extranjería (*BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie D, n.º 248, 27 de febrero 1998, pp. 30-31*). Dicho Informe ha sido objeto de debate y posteriormente aprobado por la Comisión de Política Social en su sesión de 28 de abril de 1998 (*Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisiones, Comisión Política Social y Empleo, VI Legislatura, n.º 438, sesión n.º 31, 28 de abril de 1998, pp. 12672-12683, pp. 12686-12687*). Aprobación por el Pleno de la Cámara del Acuerdo de la Comisión de Política Social y Empleo, el 23 de junio de 1998 (*Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, VI Legislatura, n.º 172, sesión n.º 167, 23 de junio de 1998, pp. 9264-9273; BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie D, n.º 308, 15 de julio 1998, pp. 1-23*). Las recomendaciones de la Subcomisión han sido recogidas en una monografía (vid. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. COMISIÓN DE POLÍTICA SOCIAL Y EMPLEO: *Situación de los españoles que viven fuera y de los inmigrantes y refugiados que han llegado a España*. Informe de la Comisión de Política Social y Empleo, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1999, p. 24).

(31) *Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, n.º 33, sesión n.º 31, de 17 de octubre de 2000, pp. 1474-1480*.

(32) Vid. Acuerdos adoptados en materia de derechos civiles y participación: 1.3 Nacionalidad por el V Pleno del III Mandato del Consejo General de la Emigración, celebrado en Madrid del 22 al 24 de mayo de 2000. Entre las peticiones se solicita la elaboración de una Ley de nacionalidad en la que contengan los siguientes principios: 1. Que el español pueda mantener su nacionalidad cuando se hace ciudadano de otro país. 2. Que se facilite la recuperación o la obtención de la nacionalidad a los españoles de origen o sus descendientes hasta el 2º grado de consanguinidad, sin límite de plazo y sin renunciar a su nacionalidad actual; 3. Que este derecho de opción se aplicara a los que nacieron de padre o madre que hubieran perdido su nacionalidad española de origen. Por otra parte también se insta al Gobierno para que agilice al máximo el proceso de modificación de los Convenios de doble nacionalidad.

(33) Vid. Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, sobre la adopción de medidas para facilitar la obtención o recuperación de la nacionalidad española de los emigrantes españoles y sus descendientes, así como la supresión de visado para los descendientes de emigrantes españoles que carezcan de la nacionalidad española y que quieran residir y trabajar en el Estado español (Número de Expediente 161/000434). El punto n.º 1 de dicha propuesta fue aceptado por unanimidad; el resto de los puntos fueron rechazados (*Cortes Generales. DSCD, Comisiones, VII Legislatura, n.º 176, Justicia e Interior, sesión n.º 19, de 7 marzo de 2001, pp. 5193-5196, p. 5202*).

(34) El Comité de Ministros adoptó el Convenio europeo sobre nacionalidad, documento firmado por los Estados miembros el 6 de noviembre de 1997, que ha entrado en vigor el día 1 de marzo de 2000, una vez producidas las tres ratificaciones exi-

En todo caso, debemos pensar sobre los pilares que guían la modificación de las tres proposiciones presentadas por los dos Grupos Parlamentarios mayoritarios y por Izquierda Unida para poder indagar sobre los datos o puntos en común y los puntos diferenciados que puedan ser válidos. Por ello vamos a analizar las proposiciones atendiendo a la fecha de entrada en el Congreso de los Diputados comenzado por ello por el examen de la presentada por el Grupo Parlamentario Socialista para luego pasar a examinar los pilares que guían la reforma presentada por el Grupo Parlamentario Popular y por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida. Finalmente, procederemos a examinar los avances logrados por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, haciendo un análisis de las disposiciones nuevas atendiendo a una eventual protección de los españoles en el extranjero, de sus hijos y descendientes. Finalmente, realizaremos una valoración global de la reforma para concluir si realmente las nuevas normas se adecuan a la realidad actual de la sociedad española del siglo XXI y si con ellas hemos eliminado los perjuicios causados por los múltiples y continuos cambios existentes en España en materia de nacionalidad³⁵.

II. PRINCIPIOS Y OBJETIVOS DE LAS DIVERSAS PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN

A) La reforma proyectada en la Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso

a) Generalidades

Una de las proposiciones que potenció la reforma actual fue la presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, por la que se modifica el Código Civil en materia de nacionalidad, de 20 de febrero de 2001³⁶ en la cual se desprende que las nuevas normas deben respon-

gidas para ello según lo establecido en el art. 27.2. El mencionado Convenio ha sido firmado por veintitrés países: Albania, Alemania, Austria, Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Eslovaquia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Macedonia, Moldavia, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Rusia y Suecia; aunque sólo ha sido ratificado por ocho países: Austria, Dinamarca, Eslovaquia, Hungría, Moldavia, Países Bajos, Portugal y Suecia. El texto mantiene la siguiente estructura: Preámbulo y treinta y dos artículos distribuidos en diez capítulos y en el capítulo V se regula la nacionalidad múltiple (arts. 14 a 17). Sobre el Convenio: vid. G.-R. DE GROOT: "The European Convention on Nationality: a step towards a *ius commune* in the field of nationality law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 7, 2000, pp. 117-157.

(35) El Ordenamiento español ha causado ciertos perjuicios a los hijos de madres españolas a los cuales no se les atribuyó la nacionalidad hasta el 19 de agosto de 1982, en virtud de la interpretación realizada por la Instrucción DGRN de 16 de mayo de 1983. Ahora bien, el propio Centro Directivo en fechas recientes, en concreto, por la Res. DGRN 3ª de 13 de octubre de 2001 modificó su postura señalando en dicha decisión que son españoles los hijos de madre española si el nacimiento hubiese ocurrido después de la entrada en vigor de la Constitución Española. Es decir que existe un período de dos años y casi ocho meses en los que indebidamente se impidió el acceso a la nacionalidad para este colectivo. El cambio positivo que se ha operado en la doctrina del Centro Directivo debe ser elogiado y divulgado. Por ello, se ha pedido Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, por la que se insta al Gobierno con carácter urgente adopte las medidas que permitan a los hijos de las españolas que así lo soliciten, nacidos entre la entrada en vigor de la Constitución y la reforma del Código Civil de 1982, inscribir su nacimiento como españoles de origen (Número de Expediente 161/001269). Dicha proposición fue rechazada (*Cortes Generales. DSCD, Comisiones. Justicia e Interior*, VII Legislatura, nº 562, sesión nº 68, de 24 septiembre de 2002, pp. 17984-17986).

(36) Vid. nota 2.

der a las necesidades de nuestra sociedad para un futuro necesariamente próximo. Dicha Proposición supone una reiteración de las presentadas por el mismo Grupo Parlamentario en 1996, 1999 y 2000³⁷.

Entre los objetivos de la reforma proyectada –y como en todas las propuestas de reforma– se pretendía una adecuación con otras reformas legislativas ya efectuadas. En concreto a este Grupo le preocupaba la falta de correlación entre el nuevo Código Penal aprobado por la Ley 10/1995 y el art. 25.1.a) del Cc en la redacción dada por la Ley 18/1990; y, la ausencia de coordinación de los preceptos sobre naturalización por residencia y la nueva Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³⁸ y el Plan Greco³⁹. Lógicamente debía tenerse en cuenta que entre los objetivos perseguidos por la política de inmigración española nos encontramos con el de la integración de los inmigrantes. Además de las mejoras técnicas exigidas por

(37) Vid. notas 21, 23 y 25; Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Movimientos migratorios y derecho de la nacionalidad. Especial referencia a la legislación española vigente y a las propuestas de reforma”, *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. II, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, pp. 107-170; id.: “Doble nacionalidad y emigración: pasado, presente y futuro”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, nº 28, 2001, pp. 149-183.

(38) *BOE*, 12 de enero de 2000; correc. errores (ibid., 24 de enero de 2000); ibid., 23 de diciembre de 2000; correc. errores (ibid., 23 de febrero de 2001, pp. 6991-6992). Entre los comentarios a esta nueva ley: Vid. P. AGUELO NAVARRO y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2001; id.: *La Ley de Extranjería. Addenda*, Valladolid, Lex Nova y Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, 2001; id.: *Curso de iniciación a la Práctica de Derecho de extranjería*, Valladolid, octubre 2001-mayo 2002, Lex Nova; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y M^a A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ: *Legislación sobre nacionalidad y extranjería (Comentada y con jurisprudencia)*, Madrid, Colex, 2002; J.M^a ESPINAR VICENTE: *Comentarios a la Nueva Ley de Extranjería*, Alcalá de Henares, 2001; C. ESPLUGUES MOTA y M. De LORENZO SEGRELLES: *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001; C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, M. de LORENZO SEGRELLES: *Nacionalidad y extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001; M.F. MASSÓ GARROTE, *Nuevo régimen de extranjería. Comentarios, Procedimientos, Formularios y Modelos de la LO 4/2000 de Extranjería tras la reforma de la LO 8/2000*, Madrid, La Ley, 2001; M^a L. TRINIDAD GARCÍA: *Guía Jurídica de extranjería, asilo y ciudadanía de la Unión*, 4^a ed., Granada, Comares, 2001; J.M. CAMPO CABAL, (coord.): *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, Madrid, Civitas, 2001; MONEREO PÉREZ, L.J. y MOLINA NAVARRETE, C. (coord.): *Comentarios a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)*, Granada, Comares, 2000; M. MOYA ESCUDERO (coord.): *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: LO 4/2000 y LO 8/2000*, Granada, Comares, 2001; A. RODRÍGUEZ BENOT, y C. HORNERO MÉNDEZ (coord.): *El nuevo derecho de extranjería: estudios acerca de la Ley orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Granada, Comares, 2001.

(39) En concreto en la Resolución de 17 de abril de 2001, de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros del día 30 de marzo de 2001, por el que se aprueba el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración se señala entre las acciones de actuación: “2.2. Mejora de los procedimientos para la adquisición de la nacionalidad, mediante la reducción de los plazos de tramitación, considerando que representa un claro exponente de la integración en nuestra sociedad. La adquisición de la nacionalidad se configura como un aspecto importante en el proceso de integración social del inmigrante. Con esta medida se mejorarán los recursos materiales y humanos destinados al examen de los expedientes de consecución de la nacionalidad española por parte de residentes extranjeros. El objetivo pretende incrementar el volumen de resolución de expedientes de nacionalidad por residencia, y disminuir los expedientes de nacionalidad por residencia que se encuentran pendientes. Mejora de los procedimientos para la adquisición de la nacionalidad mediante la reducción de los plazos de tramitación, considerando que representa un claro exponente de la integración en nuestra sociedad. Medida: Mejora de los procedimientos para la adquisición de la nacionalidad. Órgano responsable: Ministerio de Justicia. Secretaría de Estado de Justicia. Dirección General de los Registros y del Notariado” (*BOE*, 27 de abril de 2001).

otras modificaciones para el Grupo Parlamentario Socialista la modificación no sólo tiene como finalidad dar pequeños retoques y poner fin a ciertas injusticias con respecto a los trabajadores de origen español residentes en el extranjero y sus descendientes sino que también se piensa en España como país de inmigración⁴⁰.

El gran reto del siglo XXI, al menos para España, será el de la ordenación y la regulación de los flujos migratorios y su integración social. Por ello, la propuesta de modificación de las normas españolas de nacionalidad debía abarcar una reforma profunda y amplia teniendo en cuenta que se debían revisar no sólo los criterios de atribución de la nacionalidad española sino también los procedimientos de adquisición, las causas de pérdida y la recuperación de la nacionalidad española.

b) Integración de inmigrantes e hijos de inmigrantes

a') Nueva ordenación de la institución de la atribución por nacimiento en España

La atribución de la nacionalidad española de origen por el nacimiento en territorio español sólo ha resultado aplicable como criterio residual, bien para evitar la perpetuación de estirpes extranjeras o bien para evitar el nacimiento de apátridas. Por ello, el Grupo Parlamentario Socialista consideraba que debía atribuirse la nacionalidad española de origen a “los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos uno de ellos fuera residente legal en España”. Esta propuesta supone un salto cualitativo en el “tratamiento de la atribución de la nacionalidad *iure soli* y una adaptación a la realidad actual en gran medida marcada por los importantes flujos migratorios”⁴¹.

b') Reducción de los plazos de naturalización y eliminación de la renuncia a la nacionalidad anterior

Por otra parte, en materia de adquisición de la nacionalidad por residencia se propone la reducción del plazo y eliminación del requisito de la renuncia. En cuanto al plazo de residencia, el supuesto general de los diez años requeridos actualmente se reduce a la mitad. También se propone una disminución de los plazos de residencia necesarios para adquirir la nacionalidad española a aquellas personas que hayan obtenido asilo en España, o tengan la condición de apátridas, pasando de los cinco años actuales a dos; y también ven reducido a dos años para sus nacionales de origen, el tiempo de residencia necesario para adquirir la nacionalidad española, a los

(40) En la exposición de motivos de la Proposición se dice expresamente que: “España ha sido tradicionalmente un país de emigración. Sin embargo, en las últimas décadas, España comienza a recibir no sólo a los españoles que retornan, sino también a refugiados e inmigrantes. Esta nueva realidad debe abordarse promoviendo la participación y el desarrollo de los derechos civiles y sociales; evitando la exclusión e impulsando la integración y el bienestar colectivo, fomentando la tolerancia y aceptando la pluralidad y la dignidad de las personas. Los nuevos ciudadanos que escogen nuestro país como nueva residencia quieren y deben formar parte de nuestra sociedad. La mejor manera de facilitárselo es promover, para ellos, la mejor y más rápida integración en plenitud de derechos y deberes ciudadanos desde el respeto a sus culturas de origen” (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, nº 115-1, de 9 de marzo de 2001, p. 1).

(41) *Ibíd.*

países de la Unión Europea⁴². Además, también se elimina la renuncia a la nacionalidad anterior por las siguientes razones:

“En otro orden de cosas y una vez impuesta la tesis de que la declaración de renuncia a la nacionalidad extranjera anterior era suficiente, independientemente de los efectos que tal declaración pudiera desplegar para la Ley extranjera respectiva, necesariamente ha de conllevar determinadas consecuencias. No podemos obviar que exigir que esa renuncia fuera efectiva para esa Ley y provocare la pérdida de la nacionalidad extranjera anterior, equivaldría a subordinar la adquisición española a las particulares concepciones del Derecho extranjero e impediría *de facto* la adquisición de la nacionalidad española si ese Derecho extranjero siguiera un sistema en el que la pérdida de la nacionalidad de origen fuera prácticamente imposible. Esto redujo la renuncia a un requisito puramente formal de declaración que por diversas razones puede resultar penoso para quien tiene que hacerlo, lo que hace aconsejable su desaparición entre los requisitos necesarios para que tenga validez la adquisición de la nacionalidad española en cualquiera de sus formas, así como para la recuperación de ésta.”⁴³

c') Eliminación de la residencia y de la renuncia en la recuperación de la nacionalidad española

La última modificación propuesta afecta al artículo 26 y consiste en la supresión del requisito de residencia legal en España y la eliminación de la renuncia a la nacionalidad extranjera para recuperar la nacionalidad española. La propia Ley 29/1995, de 2 de noviembre, suprimió este requisito para los emigrantes e hijos de emigrantes, quedando como dispensable por el Ministro de Justicia para el resto de los supuestos⁴⁴.

(42) Siguiendo con la exposición de motivos se apunta que: “También se propone una reducción de los plazos de residencia necesarios para adquirir la nacionalidad española a aquellas personas que hayan obtenido asilo en España, o tengan la condición de apátridas, pasando de los cinco años actuales a dos. No podíamos olvidar, por último, la necesaria inclusión dentro del catálogo, países que por la especial vinculación histórica de éstos con España, ven reducido a dos años para sus nacionales de origen, el tiempo de residencia necesario para adquirir la nacionalidad española, a los países de la Unión Europea, a los que nos unen, no sólo vínculos históricos, políticos y económicos, sino un proyecto de futuro común” (ibíd.).

(43) Cf. exposición de motivos (ibíd.). La defensa de una disposición que no exija que la persona declare su renuncia expresa a la nacionalidad que ostenta en ese momento fue defendida por el Diputado Sr. Villarrubia Mediavilla, con los siguientes argumentos: “Estamos hablando aquí de los requisitos para la adquisición de la nacionalidad española, tanto por opción, carta de naturaleza o residencia. En definitiva, lo que solicitamos es la eliminación del requisito de renunciar a la nacionalidad anterior para adquirir la española; ya lo hacemos también para recuperarla. En este precepto lo que pretendemos es que se elimine el requisito de tener que renunciar a la nacionalidad anterior para adquirir la española. Impuesta la tesis de que la renuncia a la nacionalidad extranjera anterior era suficiente, con independencia de los efectos que tal declaración pudiera tener para la ley extranjera respectiva, la renuncia se redujo a un requisito puramente formal de declaración que por diferentes razones puede resultar penoso para quien tiene que hacerlo, lo que hace aconsejable, a nuestro juicio, su desaparición. En definitiva, lo que pretendemos es facilitar la adquisición de la nacionalidad española para los que ya cumplen los requisitos que nuestra legislación exige. El mantener el requisito de la renuncia hace que haya personas a las que, cumpliendo los requisitos exigidos por nuestra legislación para ser españoles en la práctica, por imperativo legal de las respectivas legislaciones del país donde se encuentren se les impide, si mantenemos este requisito, poder adquirir efectivamente la nacionalidad española” (*Cortes Generales. DSCD, Comisiones, VII Legislatura, nº 495, Justicia e Interior, Sesión 55, de 20 de mayo de 2002, p. 15921*).

(44) La redacción que se propone para el art. 26 del Cc es la siguiente: “1. Quien haya perdido la nacionalidad española podrá recuperarla cumpliendo los siguientes requisitos: a) Declarar ante el encargado del Registro Civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española. b) Inscribir la recuperación en el Registro Civil”.

B) La reforma proyectada en la Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso

a) Objetivos de la reforma

La Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso, por la que se modifica el Código Civil en materia de nacionalidad de 12 de marzo de 2001, persigue esencialmente un gran objetivo: poner fin a los perjuicios ocasionados en el pasado⁴⁵. Obviamente también otro principio fundamental de la reforma consiste en adecuaciones propiciadas por tres reformas legislativas: el Código Penal, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y la eliminación del servicio militar obligatorio.

b) Protección de los emigrantes y sus familiares

En la exposición de motivos de esta Proposición se ponen de manifiesto, de forma resumida, los principios básicos y esenciales de la reforma: en primer lugar, el pilar básico sobre el que se erige la práctica totalidad de la reforma se sostiene en un principio esencial: el de la necesidad de especial protección de los trabajadores españoles en el extranjero y favorecer el retorno, es decir se pretende dar un mejor cumplimiento del art. 42 de la CE. Este principio parece guiar la reforma de los arts. 20, 24 y 26 del Código Civil. ¿Qué subyace en el fondo? Las tres disposiciones presentan el mismo hilo conductor. De un lado, con la incorporación de un nuevo párrafo al art. 20 se propone como regla general y no como disposición transitoria la eventual posibilidad de que los hijos de personas originariamente españolas y nacidos en España sin ningún límite de edad puedan ser españoles sin necesidad de venir a España.

Las otras dos disposiciones, las incorporadas en los arts. 24 y 26 nos llevan a la resurrección de la doble nacionalidad por razón de emigración prevista en la Ley 51/1982 enterrada por la entrada en vigor de la Ley 18/1990⁴⁶. Además, en el art. 24 se prevé la reencarnación del viejo art. 26 del CC, en la redacción dada por la Ley de 15 de julio de 1954.

C) Principios que inspiran la Proposición presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida

La Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, de modificación del Código Civil en materia de adquisición y recuperación de la nacionalidad, pre-

(45) *BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 122-1, de 16 de marzo de 2001, pp. 1-4; Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: "Doble nacionalidad y emigración: pasado, presente y futuro", *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, nº 28, 2001, pp. 149-183.

(46) Vid. F.A. RODRÍGUEZ MORATA: "Las nuevas condiciones de la recuperación de la nacionalidad española", *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, nº 28, 2001, pp. 85-116. Vid. J. PÉREZ DE VARGA MUÑOZ: "Nacionalidad y extranjería: algunos aspectos civiles", *BIMJ*, nº 1707, 2001, pp. 4053-4081.

sentada el 15 de octubre de 2001⁴⁷. Dicha Proposición supone una reiteración de las presentadas por este Grupo Parlamentario en 1996 y 1998⁴⁸.

De la exposición de motivos podemos extraer los tres objetivos básicos de la reforma propuesta: en primer lugar, el incremento del criterio del *ius soli* como principio de atribución de la nacionalidad española; en segundo lugar, la reducción de los plazos para la adquisición de la nacionalidad por residencia en España. Y, en último término, con la finalidad de proteger a los emigrantes españoles, se redactan las causas de pérdida de la nacionalidad y se flexibiliza la institución de la recuperación⁴⁹.

En cuanto al primer objetivo: la concesión automática de la nacionalidad española por nacimiento en España, en la exposición de motivos de esta Proposición se menciona expresamente que:

“... se simplifica la adquisición automática de la nacionalidad para aquellas personas que tengan una vinculación real con el país, equiparando la filiación de padres españoles al nacimiento en España también cuando, al menos, uno de los progenitores sea residente habitual y no sólo nacido en España.”⁵⁰

Estos motivos, por los cuales era preciso la atribución de la nacionalidad española por nacimiento en España, se argumentaban en la exposición de motivos con las siguientes razones:

“El vigente derecho español de la nacionalidad, pese a las importantes reformas habidas desde 1982, continúa fundamentándose en el principio del *ius sanguinis*, propio de un país de emigración, reservando para las normas de atribución de nacionalidad basadas en el *ius soli*, un papel residual. La radical transformación de la realidad socioeconómica española y sus consecuencias en cuanto a la inversión del flujo migratorio, unido a la cada vez más numerosa presencia de personas que han encontrado refugio o asilo en nuestro país, aconsejan introducir algunas modificaciones en el Código Civil que, sin alterar la importancia del primer principio aludido, incorporen con más vigor el principio del *ius soli* en materia de adquisición de la nacionalidad.”⁵¹

Ahora bien, no sólo era preciso una transformación de los criterios de atribución de la nacionalidad sino que además se proponía un cambio en los procedimientos de adquisición de la nacionalidad española. En este sentido, la Proposición señalaba que:

(47) Vid. nota 4.

(48) Notas 20, 22. Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Movimientos migratorios y derecho de la nacionalidad. Especial referencia a la legislación española vigente y a las propuestas de reforma”, *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. II, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, pp. 107-170.

(49) *BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 168-1, de 26 de octubre de 2001, pp. 1-2.

(50) *Ibid.*, pp. 1-2.

(51) *Ibid.*, pp. 1-2.

“... se facilita la adquisición derivativa de la nacionalidad por residencia, estableciendo una graduación en la que el período general se reduce a cinco años si ésta es legal y continuada, manteniendo los diez años cuando no puedan probarse estos requisitos.”⁵²

III. NOVEDADES INCORPORADAS POR LA LEY 36/2002, DE 8 DE OCTUBRE, SOBRE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE NACIONALIDAD

A) La finalidad de la Ley 36/2002

Además de adecuar las disposiciones del Código Civil en materia de nacionalidad al resto del Ordenamiento jurídico por las reformas llevadas a cabo por el Código Penal, la Ley de Procedimiento Administrativo y la Ley de Servicio militar, en esta nueva reforma del Cc en materia de nacionalidad se intenta reparar o dar solución a los perjuicios ocasionados en el pasado. Este hilo conductor ha guiado la reforma de los arts. 20, 22.2.f), 24 y 26 del Código Civil. ¿Qué subyace en el fondo? Las cuatro disposiciones presentan la misma finalidad aunque aparentemente no sea nítida.

A nadie se le oculta que el Ordenamiento español de la nacionalidad ha sido injusto con sus nacionales residentes en el extranjero. El mantenimiento del *ius sanguinis* ha sido una falacia, pues ha sido rara la perpetuación de la nacionalidad española para los nacidos en el extranjero de progenitores españoles; es más, incluso, se ha negado el pasaporte español a los acogidos a Convenios de doble nacionalidad, por lo que emigrantes con doble nacionalidad convencional son tratados en frontera como extranjeros, debiendo someterse a la legislación general de extranjería para poder viajar tanto de turismo como en caso de pretender instalarse en España. Partiendo de este hecho, ¿es lógico que en la reforma se vuelva sobre la fórmula de eliminar los perjuicios causados? La respuesta debía ser contundentemente afirmativa.

A la hora de analizar las fórmulas a utilizar debemos interrogarnos acerca de cómo se puede proceder a esta reparación. Para ello debemos, en primer lugar, delimitar quiénes han sido los más perjudicados. Estas personas, sinceramente creo, son los hijos de los españoles nacidos en el extranjero y los nietos de los emigrantes de origen español. ¿Por qué? Pues, realmente los emigrantes y los hijos de éstos nacidos en territorio español tuvieron una oportunidad desde el 19 de agosto de 1982 hasta el 7 de enero de 1991 para conseguir una doble nacionalidad⁵³. Con la entrada en vigor de la Ley 18/1990, los emigrantes fueron olvidados; y la protección se fijó en algunos de sus descendientes al incorporar la disposición transitoria tercera a través de la cual se podía optar a la nacionalidad española pero que imponía la residencia legal en España o la obtención de su dispensa por el Ministro de Justicia y además la declaración debía realizarse

(52) *Ibid.*, pp. 1-2.

(53) Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Binacionalidad en el Ordenamiento español y su repercusión en la Unión Europea”, *Estudios de Derecho Europeo Privado*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1994, pp. 27-120, id.: “Pérdida y recuperación de la nacionalidad española”, *Jornadas sobre Nacionalidad y Extranjería*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1994, pp. 114-132.

antes del 7 de enero de 1993⁵⁴. Por ello, los beneficiados fueron pocos y tampoco se tuvo oportunidad de reparar el daño causado. Finalmente, con la reforma llevada a cabo por la Ley 29/1995 se da entrada a la disposición transitoria primera con la misma finalidad que no exigía la residencia legal en España por lo que facilitó su tramitación. No obstante, esta medida caducó el 7 de enero de 1997⁵⁵.

Vamos a examinar los cambios producidos por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, distinguiendo las instituciones reformadas según sus destinatarios: de un lado, examinamos los preceptos que afectan a los emigrantes y sus familiares; es decir, que centraremos el estudio en dos disposiciones, las incorporadas en los arts. 24.1.1 *in fine* y 26 del Cc que nos llevan a la resurrección de la doble nacionalidad por razón de emigración prevista en la Ley 51/1982 enterrada por la entrada en vigor de la Ley 18/1990. De otro, vamos a dedicarnos a aquellas instituciones que pueden afectar a los descendientes de los emigrantes de origen español—fundamentalmente hijos nacidos en el extranjero y nietos—. Los descendientes de los emigrantes españoles han sido contemplados en los supuestos regulados en los arts. 20.1.b) y 22.2.f) y párrafos 1 y 3 del art. 24 del Cc.

Ahora bien, teniendo en cuenta el orden sistemático de la reforma comenzamos por el examen de las instituciones que afectan a este último colectivo para luego analizar las que pueden ser usadas por los emigrantes. En primer lugar, con la incorporación de un nuevo párrafo al art. 20.1.b) del Cc se propone, como regla general y no como disposición transitoria, la posibilidad de que los hijos de personas originariamente españolas y nacidas en España, sin ningún límite de edad, puedan ser españoles antes incluso de volver a España. El art. 22.1.f) del Cc permite la naturalización por residencia con plazo de un año para los que sean descendientes de padre o madre, abuelo o abuela, de origen español. Además, en el párrafo 3 del art. 24 del Cc se prevé la reencarnación del viejo art. 26 del Cc, en la redacción dada por la Ley de 15 de julio de 1954, dando lugar a otro supuesto de doble nacionalidad o a un supuesto de privación de la nacionalidad por ausencia de declaración de conservación de la nacionalidad española.

B) Protección de los emigrantes y familiares

a) Disposiciones que van a beneficiar directamente a los descendientes

a') La declaración de opción prevista en el art. 20.1.b) del Cc

En cuanto a la determinación de los destinatarios de la norma podemos afirmar que se trata de beneficiar a los descendientes de los emigrantes. El art. 20 del Cc es favorable a la concesión de la nacionalidad española mediante una declaración de opción únicamente para los hijos de pro-

(54) *BOE*, 18 de diciembre de 1990. Dicha disposición fue prorrogada por dos años mediante la Ley 15/1993 (*ibíd.*, 23 de diciembre de 1993); Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: "Prórroga del plazo establecido en la disposición transitoria tercera de la Ley 18/1990", *REDI*, vol. XLVI, 1994-1, pp. 441-446.

(55) *BOE*, 4 de noviembre de 1995. P. JUÁREZ PÉREZ: "La modificación del artículo 26 del Código Civil por la Ley 29/1995, de 2 de noviembre", *REDI*, vol. XLVIII, 1996, pp. 506-509; El mismo artículo en "Boletín de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núms. 10-11, 1996, pp. 309-330.

genitores de origen español que hubiesen nacido en España. En este sentido, el art. 20.1.b) del Cc establece que:

“Art. 20.1.– Tienen derecho a optar por la nacionalidad española: b) Aquellas personas cuyo padre o madre hubieran sido originariamente españoles y nacidos en España.”

Ciertamente, este precepto no supone una innovación en nuestro Ordenamiento ya que en la disposición transitoria primera de la Ley 29/1995 se otorgaba el mismo derecho a los mismos beneficiarios⁵⁶. La diferencia se halla en el hecho de que el supuesto previsto en el nuevo precepto –art. 20.1.b) del Cc– tiene carácter general y estará vigente en tanto en cuanto no se modifique de nuevo el Código Civil, mientras que la disposición transitoria primera tenía un plazo de caducidad –7 de enero de 1997–, superado el mismo se perdía la oportunidad de lograr o alcanzar la nacionalidad española por esa vía.

Por tanto, la declaración de opción, prevista en el art. 20.1.b) del Cc, se formulará por el interesado si es mayor de edad o está emancipado o por su representante legal si es menor de edad, sin estar sujeto su ejercicio a límite alguno de edad (art. 20.3 del Cc)⁵⁷, y tendrán que cumplir los requisitos recogidos en el art. 23 del Cc entre los que figura la renuncia a la nacionalidad anterior salvo que se trate de la nacionalidad de un país iberoamericano, Andorra, Filipinas, Guinea o Portugal.

En cuanto a los destinatarios, lo cierto es que deberían haberse tenido en cuenta las propuestas de ampliación del número de eventuales beneficiarios. Es más si se piensa pausadamente estamos generando una diferenciación entre los hijos de antiguos españoles según que éstos hubiesen o no nacido en España. El español que nació en España y luego perdió la nacionalidad sus hijos pueden optar; ahora bien el español que nació en el extranjero no puede transmitir ese derecho a sus hijos. Es decir que los descendientes de los emigrantes de origen español van a recibir un trato diferenciado según el lugar de nacimiento de los progenitores.

Se presentaron múltiples enmiendas tanto en el Congreso como en el Senado solicitando el incremento de los beneficiarios. En la Cámara Baja se presentaron cuatro enmiendas: Enmien-

(56) Tampoco era novedosa la disposición transitoria primera de la Ley 29/1995 ya que resucitaba de alguna manera la disposición transitoria tercera de la Ley 18/1990 (vid. notas 50 y 51).

(57) Por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU), la Sra. Pigem i Palmes, al defender la Enmienda nº 44, apuntaba que: “... Hay un tercer apartado que dice que para la opción a la nacionalidad española por los hijos de los emigrantes no se estará sujeto a ningún límite de edad. ¿Qué quiere decir esto? Que el Código Civil, en la redacción actual, prevé para determinados supuestos de opción unos plazos de vigencia para esta opción, a partir de la mayoría de edad. El Grupo Parlamentario Popular propone que para esta opción de hijos no haya ningún plazo. Esto nos parece especialmente acertado, sobre todo porque ha habido modificaciones anteriores en los años 1990, 1993 y 1995, creo recordar, en las que se dieron unos plazos que desgraciadamente se les pasaron a muchos de los que deseaban optar. Por lo tanto, aquí introduce el concepto de que para este derecho de opción no haya plazos” (*Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisiones. Justicia e Interior, VII Legislatura, nº 495, sesión nº 55, de 20 de mayo de 2002, pp. 15914-15915*).

da nº 5 de Coalición Canaria, Enmienda nº 8 del Grupo Mixto⁵⁸, Enmienda nº 24 del Grupo Socialista y la Enmienda nº 43 de Convergència i Unió⁵⁹, en todas ellas se trata de ampliar el número de destinatarios bien mediante la eliminación del requisito del nacimiento en España de al menos uno de sus originarios –progenitor/a e incluso abuelo/a– o permitiendo la opción a los que acrediten que su abuelo o abuela hubieran sido españoles y nacidos en España.

Por la relevancia de las enmiendas reproducimos las nºs 5 y 24. Concretamente, la primera de ellas, presentada por Coalición Canaria solicitaba la incorporación del siguiente texto: “b) Aquellos cuyo padre o madre, abuelo o abuela hubieran sido originariamente españoles”⁶⁰. En la Enmienda nº 24 del Grupo Parlamentario Socialista, se propone la siguiente redacción: “b) Aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español”⁶¹. En la defensa de esta última el Diputado Sr. Villarrubia Mediavilla sostenía que:

(58) Enmienda nº 8 del Grupo Mixto, don Ignacio Aymerich Cano, que proponía añadir después de “padre o madre” la expresión “abuelos o abuelas”. Esta enmienda se justifica porque: “De acuerdo con las legislaciones de otros Estados que han tenido importantes movimientos migratorios de su población (Italia o Irlanda, por ejemplo), debe ampliarse la posibilidad de otorgar la nacionalidad por *ius sanguinis* a los nietos y nietas de españoles/as nacidos en el Estado español (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, nº 122-8, de 9 de abril de 2002, pp. 19-20).

(59) Esta Enmienda nº 43 proponía que: “1. Tienen derecho a optar por la nacionalidad española: ... b) Aquellas cuyo padre o madre, abuelo o abuela, hubieran sido originariamente españoles y nacidos en España”. La justificación se basa en: “En coherencia con las enmiendas presentadas, además de posibilitar la recuperación de la nacionalidad no solamente por parte de los hijos, sino también de los nietos” (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, nº 122-8, de 9 de abril de 2002, p. 31). Esta enmienda fue defendida por la Diputada Sra. Pigem i Palmes con los siguientes argumentos: “La primera de ellas (...) retende abrir la posibilidad de optar a la nacionalidad española no sólo los hijos, sino también los nietos de los emigrantes, es decir, los nietos de aquellas personas que hubieran sido originariamente españolas y nacidas en España” (Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisiones. Justicia e Interior, VII Legislatura, nº 495, sesión nº 55, de 20 de mayo de 2002, pp. 15914-15915).

(60) BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, nº 122-8, de 9 de abril de 2002, pp. 18-19. Dicha enmienda se justificaba porque: “Muchos de los hijos de emigrantes españoles no han nacido en España, pero sus descendientes deben optar a poder ser considerados españoles. Es necesario obviar la condición de ser nacido o no en España, para facilitar realmente la conservación y transmisión de la nacionalidad española. También se pretende permitir la opción de ser español o española a los hijos y nietos de españoles de origen, nacidos en España pero que han tenido que emigrar, y que en el país de destino tuvieron que optar por una segunda nacionalidad antes del nacimiento de sus hijos. De igual forma los hijos de éstos, dado que sus padres no obtuvieron la nacionalidad, tampoco podrían optar a ella” (ibid). En su defensa, la Diputada Sra. Julios Reyes, en el seno de la Comisión de Justicia señalaba que: “... si seguimos uniendo la nacionalidad a padre o madre y no a abuelo o abuela, y además a la condición de haber nacido en España, evidentemente, restringimos las posibilidades de aquellos que, siendo hijos o nietos de padres o madres españoles, nacieron fuera de España. Desde nuestro punto de vista, eso es una discriminación y pensamos que debería aprovecharse esta modificación del Código Civil para solventarla porque, si no, vamos a seguir con la misma problemática” (Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisiones. Justicia e Interior, VII Legislatura, nº 495, Sesión nº 55, de 20 de mayo de 2002, p. 15914).

(61) La motivación de la misma se debe a que: “La disposición transitoria tercera de la Ley 18/1990, introduce por primera vez esta posibilidad supeditada a ciertos límites y el más importante, de carácter temporal. La Ley 29/1995, amplía este plazo hasta el 7 de enero de 1997, pero dadas las dificultades de que la norma sea conocida han sido muchas las personas que no han podido acceder a la nacionalidad por esta vía. La propuesta introducida por el Grupo Popular en su Proposición merece el reconocimiento del Grupo Socialista, pero creemos más conveniente no limitar la posibilidad a los hijos de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles y nacidos en España, sino incluir dentro a todos aquellos hijos de padre o madre español aunque no haya nacido en España” (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, nº 122-8, de 9 de abril de 2002, p. 25).

“... Si queremos abrir la puerta a que los nietos y nietas de españoles y españolas puedan optar, habrá que quitar el requisito de haber nacido en España porque casi todos ellos, hijos de emigrantes, nacieron ya fuera de nuestro país. Nuestra enmienda se concreta en aquellos hijos de padres o madres que hubieran sido españoles de origen, pero quitando la exigencia de que hubieran nacido en España para que puedan optar a la nacionalidad española, insisto, en este caso no de origen...

...O sea que quitar la expresión nacidos en España daría satisfacción, no absoluta pero sí de forma importante, a la demanda que nos están haciendo no los inmigrantes, una vez más, sino el importante problema del colectivo de emigrantes españoles en el extranjero.”⁶²

Ahora bien, todas ellas fueron rechazadas en la Ponencia y expresamente se puede leer en el *Diario de Sesiones de la Comisión de Justicia e Interior* del día 20 de mayo de 2002 y en el *Diario de Sesiones del Pleno del Congreso* del día 23 de mayo de 2002. Todas las enmiendas fueron rechazadas en la Cámara Baja por la portavoz del Grupo Parlamentario Popular, la Diputada Dña. Ángeles Muñoz Uriol, con los siguientes argumentos:

“... Van a ser muchas personas las que van a poder optar a la nacionalidad española en virtud de esta modificación propuesta; a nuestro juicio, es suficientemente amplia para no restringirla a haber nacido en España. Es fundamental que quede claro que deben haber nacido en España porque, si no, se abriría el abanico de manera imprevisible si también incluyéramos a los abuelos y a las abuelas, simplemente por haber tenido un abuelo o abuela originariamente español. Queda mejor encuadrado y damos la posibilidad a esos nietos dentro del artículo 22 que es la opción por residencia.”⁶³

En la Cámara Alta se volvió a reiterar la ampliación de los destinatarios de esta opción, pero todas las enmiendas presentadas fueron rechazadas por amplias mayorías⁶⁴. La Enmienda nº 8, presentada por el GP Senadores Nacionalistas Vascos, no tuvo ninguna consideración, pues ya no se pedía un derecho de opción sino la concesión automática de la nacionalidad española de

(62) *Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisiones. Justicia e Interior*, VII Legislatura, nº 495, sesión nº 55, de 20 de mayo de 2002, p. 15915.

(63) *Ibíd.*, p. 15916.

(64) Se presentaron cuatro enmiendas. En concreto las siguientes: la Enmienda nº 5 del Grupo de Coalición Canaria [*BOCG, Senado*, VII Legislatura, Serie III B, nº 5 (b), de 18 de junio de 2002, p. 7]; la Enmienda nº 18 del Grupo Parlamentario Mixto, de don Anxo Manuel Quintana González (*ibíd.*, p. 11); la Enmienda nº 34 del Grupo Parlamentario CiU (*ibíd.*, p. 16), y la Enmienda nº 47 del Grupo Parlamentario Socialista (*ibíd.*, p. 20). En el debate en el seno de la Comisión de Justicia el Senador Sr. Quintana González, señalaba que: “En el caso de la enmienda número 18, hacemos mención especial por significar que es el centro para nosotros del debate que aquí se tiene que dar y el motivo fundamental de nuestra discrepancia. En esa enmienda número 18 proponemos una modificación del artículo 20.1, apartado b) de la proposición de ley, que iría dirigida claramente a intentar resolver el problema que suscita la proposición de ley en los nietos o nietas de españoles de origen. Conseguiríamos, de aceptar la modificación que propone el Bloque Nacionalista Galego, otorgar a estas personas el régimen jurídico que se establece en la proposición y sobre todo evitar que se les pueda aplicar el régimen jurídico de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en el Estado español, popularmente conocida como Ley de Extranjería. Consideramos, por lo tanto, que está ahí el centro de la cuestión y reclamamos, haciéndonos eco de la reivindicación del Consejo General de la Emigración, que se haga una modificación en esta proposición de ley para que los nietos y nietas de gallegos y españoles de origen puedan acceder a la nacionalidad” (*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia*, VII Legislatura, nº 323, 18 de septiembre de 2002, p. 3).

origen para “los nacidos fuera de España, de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles”⁶⁵.

Por otra parte, también debemos reseñar que otro colectivo queda excluido del derecho de opción, es el grupo de los hijos mayores de edad cuyos progenitores recuperen la nacionalidad española. Los menores de edad quedan englobados en el art. 20.1.a) del Cc. Ahora bien, sus hermanos mayores de edad no se pueden beneficiar de la letra b) del párrafo 2 del art. 20 del Cc, si sus padres han nacido en el extranjero. Por tanto, no debería haberse olvidado la posibilidad de una opción para los hijos de los que han recuperado la nacionalidad española, también es una cuestión de reparar la injusticia. En este sentido, la Propuesta Socialista como tenor literal del art. 19.2 *in fine* del Cc solicitaba la siguiente redacción:

“Art. 19.2.– También podrá optar por la nacionalidad española de origen el hijo mayor de edad de quien haya recuperado la nacionalidad española, en el plazo de dos años desde la inscripción en el Registro Civil de dicha recuperación.”⁶⁶

Esta idea también subyace en algunas de las enmiendas presentadas tanto en el Congreso⁶⁷ como en el Senado⁶⁸. En todo caso, nos parece razonable mencionar que la finalidad de una disposición de estas características responde o pretende “poner remedio a una situación que es bastante habitual y es que al recuperar la nacionalidad española la persona que la recupera tiene hijos mayores y menores. Los menores pueden optar por la nacionalidad española, pero los mayores quedan excluidos de esta posibilidad. Esto da lugar a situaciones absurdas y a que existan supuestos de familias donde los padres son españoles, pero no la mitad de sus hijos que eran mayores de edad cuando los padres recuperaron la nacionalidad y sí la otra mitad”⁶⁹.

(65) *BOCG, Senado*, VII Legislatura, Serie III B, nº 5 (b), de 18 de junio de 2002, pp. 7-8. En la Comisión de Justicia del Senado, al aludir a esta Enmienda nº 8, el Senador Zubia Atxaerandio señalaba: “no requiere en este momento mayor explicación, por cuanto que coincide en su filosofía con la defensa que ya ha hecho el Senador Quintana de una de sus enmiendas y, en definitiva, no es más que, sencillamente, tratar de que los nacidos fuera de España, de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles, sean considerados y reconocidos como españoles, sin que se les exija un año de residencia, como se hace en la actualidad en el artículo 22.2.f) de la proposición de ley” (*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia*, VII Legislatura, nº 323, 18 de septiembre de 2002, p. 4).

(66) Cf. nota 2.

(67) Vid. la Enmienda nº 3 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 122-8, de 9 de abril de 2002, p. 18), y la Enmienda nº 23 del Grupo Parlamentario Socialista (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 122-8, de 9 de abril de 2002, pp. 24-25). También en su intervención la Sra. Pígem i Palmes, al defender las enmiendas presentadas por CiU apuntaba que: “y es que, de alguna manera, si no articulamos bien la recuperación de la nacionalidad, parte de estos nietos quedarán fuera de la posibilidad de optar a la nacionalidad española” (*Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisiones. Justicia e Interior*, VII Legislatura, nº 495, Sesión nº 55, de 20 de mayo de 2002, pp. 15914-15915).

(68) Enmienda nº 3 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria [*BOCG, Senado*, VII Legislatura, Serie III B, nº 5 (b), de 18 de junio de 2002, p. 6] y Enmienda nº 46 Grupo Parlamentario Socialista (*ibíd.*, p. 20).

(69) *Ibíd.*, p. 20.

b') La naturalización por residencia: reducción del plazo para los hijos o nietos de originarios españoles: art. 22.2.f) del Cc

Una segunda norma aplicable a los hijos y fundamentalmente a los nietos de emigrantes se encuentra regulada en el nuevo art. 22.2.f) del Cc. En concreto esta disposición establece que bastará el tiempo de residencia de un año para:

“El nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles.”

Ciertamente, se ha incrementado el número de beneficiarios de este precepto con relación a la anterior redacción donde sólo se preveía la reducción para los nacidos fuera de España de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles. Ahora bien, la reducción del plazo no significa que no se tenga que cumplir una residencia legal. Debemos señalar que para este colectivo se va exigir, al igual que al resto de los extranjeros, no sólo el hecho de vivir en España sino que es preciso estar en posesión de un permiso de residencia⁷⁰. Ello quiere decir que se debe obtener, previa entrada en nuestro país, un visado de residencia o un visado para realizar una actividad laboral⁷¹. En caso contrario, de entrar en España sin visado o con visado de turismo o estudios será necesario una exención de visado que solo se concede por razones excepcionales, actualmente tasadas en el art. 49.2 del RD 864/2001 y entre las cuales no se menciona que el padre o la madre, el abuelo o la abuela hubieren sido de origen español⁷².

Ahora bien, aunque la disposición no es todo lo favorable que quisiéramos desde luego es un avance sobre el texto inicial; Ciertamente, esta disposición no estaba prevista en la Proposición presentada por la Comisión de Justicia e Interior. En concreto, fue en el seno de dicha Comisión, que la portavoz del Grupo Popular por una enmienda *in voce* introdujo una modificación en el tenor literal la letra f) al párrafo 2º del art. 22 Cc. Por la aceptación de dicha enmienda se incor-

(70) Art. 29.3 Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000. Según este precepto son extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente (Cf. nota 38).

(71) Arts. 25 y 27 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000: arts. 7 y 8 del RD 864/2001, de 20 de julio [BOE, 21 de julio de 2001; correc. errores (ibíd., 6 de octubre de 2001)]. Los visados de residencia, que son los que necesitarán los extranjeros que deseen trasladar su residencia a España se encuentran enumerados en el art. 8 del RD 864/2001 (RELOEx). Este precepto presenta escasas novedades con relación a la regulación anterior (art. 23 del RD 155/1996) al distinguir: visado de reagrupación familiar (art. 8.2 del RELOEx), visado para realizar actividad laboral tanto por cuenta propia o por cuenta ajena (art. 8.3 del RELOEx), visado para realizar actividad laboral exceptuada de la obligación de permiso de trabajo (art. 8.4 del RELOEx), visado para residencia no lucrativa (art. 8.6 del RELOEX).

(72) El único caso de exención de visado se encuentra en la letra g) del párrafo 2º del art. 49 del RD 864/2001, de 20 de julio, que establece se podrá obtener la exención de visado: “siempre que en el solicitante no exista mala fe y además pueda ser incluido en alguno de los siguientes grupos: g) Españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española” [BOE, 21 de julio de 2001; correc. errores (ibíd., 6 de octubre de 2001)].

poró al grupo de los beneficiarios a la reducción de un año al “... nacido fuera de España de... abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles”⁷³.

Como señalábamos, el tenor literal del precepto transcrito supone un avance con respecto al texto anterior y a la propuesta inicial; sin embargo, no todos los Grupos Parlamentarios mostraron su conformidad con esta afirmación. En este sentido, en el Senado la justificación de la Enmienda nº 30, presentada por don Anxo Manuel Quintana González (GPMX), rezaba así:

“La redacción dada al artículo 22.2.f) del Código Civil no mejora la situación de muchos hijos/as o nietos/as de españoles de origen para el acceso a la nacionalidad, que no hayan podido optar a la misma por la legislación anterior que ahora se modifica, pues tendrán obligación de residir legalmente en España durante un año. Esto significa que deberán entrar en el Estado español siguiendo los trámites de la Ley Orgánica 4/2000, es decir, con la nueva regulación se da un tratamiento de «extranjeros» a los efectos de entrada en el Estado español a los hijos/as y nietos/as de españoles de origen. Debería existir una distinción en el régimen jurídico otorgado a los hijos/as y nietos/as de españoles de origen, pues es evidente que los vínculos familiares y culturales que mantienen con el Estado español deben constituir razones suficientes para que la Ley de extranjería contemple excepciones en los requisitos de entrada y residencia permanente en el mismo de este colectivo de hijos/as y nietos/as de emigrantes.”⁷⁴

Por los motivos expuestos, esta enmienda solicitaba varios cambios en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre⁷⁵. Se trataba de dar un trato privilegiado en las normas de extranjería a los descendientes de españoles con dos medidas: de un lado, se trataba de eliminar la exigencia del visado para acceder al territorio español⁷⁶ y, en segundo

(73) *Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisiones. Justicia e Interior*, VII Legislatura, nº 495, sesión nº 55, de 20 de mayo de 2002, p. 15927, p. 15929. En su defensa la Sra. Muñoz Uriol señalaba que: “Le decía al principio (...) que precisamente porque queríamos que los nietos de los españoles tuvieran la posibilidad, si quisieran ser españoles y tuvieran alguna relación con España, de optar a la nacionalidad española, hemos abierto esa puerta (...). Con el artículo 22 les damos la posibilidad de ser españoles, en el caso de que quieran, a los nietos de españoles simplemente con un año de residencia, teniendo además la garantía y la certeza de que esos nietos de españoles no tienen ninguna dificultad en conseguir un permiso de trabajo y residencia, puesto que el propio ordenamiento actual da la posibilidad de que con una simple oferta de empleo ya tengan un permiso de trabajo y residencia” (*Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisiones. Justicia e Interior*, VII Legislatura, nº 495, sesión nº 55, de 20 de mayo de 2002, pp. 15915-15916).

(74) *BOCG, Senado*, VII Legislatura, Serie III B, nº 5 (b), de 18 de junio de 2002, p. 15.

(75) Cf. nota 38.

(76) Se pedía la introducción del apartado 3 del artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, queda redactado en los siguientes términos: “Lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se registrará por lo dispuesto en su normativa específica. Asimismo, tampoco será de aplicación a los hijos o hijas, y nietos o nietas de españoles de origen, que únicamente deberán hallarse provistos para su entrada en el Estado español del pasaporte o documento que acredite su identidad y filiación” [*BOCG, Senado*, VII Legislatura, Serie III B, nº 5 (b), de 18 de junio de 2002, p. 15].

lugar, de conceder un permiso de residencia permanente de forma automática sin pasar previamente por la exigencia de un permiso de residencia temporal⁷⁷.

El precepto menciona a los nietos, pero los nietos deben volver a España como extranjeros, cumplir la normativa de extranjería sin ningún tipo de privilegio en concesión de visados ni de exención de visados, aunque el Grupo Mixto ha insistido en la no exigencia del visado o en la obtención automática⁷⁸. Por ello, si bien es cierto que podrán trabajar en España sin estar sometidos a la situación nacional de empleo es claro que deben al menos cumplir un año de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la solicitud de la nacionalidad⁷⁹.

Una vez cumplido el requisito de la residencia legal durante un año, para gozar de la nacionalidad española es preciso una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado concediendo dicha petición. Para resolver la solicitud, la Administración goza de un período de un año, transcurrido el cual sin respuesta expresa se puede considerar que ha sido denegado por silencio⁸⁰. En todo caso, se trata de un supuesto de adquisición, por lo que antes de proceder a la inscripción de la misma el interesado debe renunciar a la nacionalidad extranjera salvo que se trate de nacionales de los países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal [art. 23.b) del Cc]. Es decir, no se podrá gozar de doble nacionalidad. En caso de que se renuncie y no se produzca la pérdida de la extranjera no se debe utilizar ésta en exclusividad para evitar la pérdida por sanción prevista en el art. 25.1.a) del Cc.

c') Doble nacionalidad desde la menor edad: una exigencia nueva de declaración de mantenimiento

En cuanto al art. 24 del Cc debemos hacer referencia a dos apartados, el primero de éstos prevé la posibilidad de mantener la nacionalidad española junto con una extranjera impuesta u obtenida con anterioridad a la emancipación y se realiza una declaración de voluntad de mantener la española dentro de los tres años siguientes a la emancipación. En este sentido, los párrafos 1 y 2 del art. 24 establecen expresamente que:

“Art. 24.1.– Pierden la nacionalidad española los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero (...) utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida antes de la emancipación. 2. La pérdida se

(77) En la misma enmienda se proponía que se añadiese “un nuevo apartado 3 al artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000. 3. Los hijos o hijas, y nietos o nietas de españoles de origen tendrán derecho a residencia permanente de forma automática, sin necesidad de acreditar períodos de residencia temporal” (ibid).

(78) Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Mixto del Congreso, relativa al visado de los descendientes de emigrantes [BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, (Número de Expediente 161/001444)]. Dicha proposición fue rechazada (Cortes Generales. DSCD, Comisiones. Justicia e Interior, VII Legislatura, nº 562, sesión nº 68, de 24 septiembre de 2002, pp. 17989-17992).

(79) Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, sobre la situación de los descendientes de españoles en el extranjero (Número de Expediente 161/001381). Dicha proposición fue rechazada (Cortes Generales. DSCD, Comisiones. Justicia e Interior, VII Legislatura, nº 562, Sesión nº 68, de 24 septiembre de 2002, pp. 17987-17989).

(80) Vid. disposición adicional primera de la Ley 36/2002, de 8 de octubre.

producirá una vez que transcurran tres años a contar, respectivamente, (...) desde la emancipación. No obstante los interesados podrán evitar la pérdida si dentro del plazo indicado declaran su voluntad de conservar la nacionalidad española al encargado del Registro Civil."

El segundo de los preceptos mencionados, el art. 24.3 del Cc supone una reencarnación del art. 26 del Cc, en la versión dada por la Ley de 15 de julio de 1954, al disponer que:

Art. 24.3 del Cc: "Los que habiendo nacido y residiendo en el extranjero ostenten la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, también nacidos en el extranjero, cuando las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad del mismo, perderán en todo caso la nacionalidad española si no declaran su voluntad de conservarla ante el encargado del Registro Civil en el plazo de tres años a contar desde su mayoría de edad o emancipación"⁸¹.

Como decíamos, este nuevo precepto no es ninguna novedad para el legislador español, pues, la Ley de 15 de julio de 1954, en el art. 26 del Cc literalmente establecía que:

"Los que habiendo nacido y residido en el extranjero ostenten la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, también nacidos en el extranjero, aunque las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad del mismo, no perderán la española si «declaran» expresamente su voluntad de conservarla ante el Agente diplomático o consular español, o, en su defecto, en documento debidamente autenticado dirigido al Ministerio de Asuntos Exteriores de España."

Del tenor literal del art. 24.3 del Cc se deduce que depende de la declaración expresa o de la ausencia de la misma para que estemos en presencia de un supuesto más de pérdida de la nacionalidad española o de un supuesto de doble nacionalidad.

La mayor complejidad de la conservación de la nacionalidad española gira en torno a las personas a las que está destinada. Puede concluirse que está dirigida a los nietos de los emigrantes, a la segunda generación de nacidos en el extranjero que poseen la nacionalidad del lugar de nacimiento. Los hijos de los emigrantes nacidos fuera de España están excluidos de esta institución.

Los eventuales destinatarios del art. 24.3 del Cc para evitar la pérdida de la nacionalidad española deben realizar una declaración. Esta disposición se ha preocupado expresamente de señalar el plazo dentro del cual debe realizarse dicha manifestación; sin embargo, a diferencia de la legislación de 1954 existe un olvido acerca de la autoridad competente para recibir la declaración. En la legislación anterior –1954– se establecía que de realizarse en el extranjero podía ser

(81) Este texto no procede de la Proposición del Grupo Popular inicial sino que fue el texto adoptado por la Comisión de Justicia e Interior una vez aceptada una enmienda del Grupo Popular en el Congreso, se trataba de la Enmienda nº 37 (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 122-8, de 9 de abril de 2002, p. 29). El texto de la Proposición de Ley del Grupo Popular establecía: "Art. 24.4 del Cc.– El español nacido en el extranjero de padres también nacidos en el extranjero perderá la nacionalidad española si no declara su voluntad de conservarla ante el encargado del Registro Civil en el plazo de tres años a contar desde su mayoría de edad o emancipación" (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 122-1, de 16 de marzo de 2001, p. 4).

hecha “ante un Agente diplomático o consular español o, en su defecto, en documento debidamente autenticado dirigido al Ministerio de Asuntos Exteriores de España”.

El plazo se computa sólo desde la fecha de la emancipación si la hubo o desde la fecha en que se llegue a la mayoría de edad. Este precepto, según lo establecido en la disposición adicional segunda de la Ley 36/2002, “sólo será de aplicación a quienes lleguen a la mayoría de edad o emancipación después de la entrada en vigor de la presente Ley”.

Una vez transcurridos los tres años sin hacer la declaración el interesado pierde la nacionalidad española; en cambio, si realiza la declaración en tiempo y forma se produce la conservación de la nacionalidad. En definitiva, el reconocimiento de un supuesto de doble nacionalidad aunque sólo provocará este efecto una vez que acceda al Registro Civil⁸². Esperemos que el art. 24.3 del Cc tenga más éxito que su predecesor, pues toda la problemática que planteó el art. 26 del Cc, en la redacción de 1954, en el plano teórico no se reflejó en la práctica⁸³.

Una vez que llegamos a la conclusión de que la disposición surgió con retraso debemos interrogarnos ¿por qué se vuelve a establecer una norma de estas características? La respuesta quizás esta vez deba vincularse con los nietos de los emigrantes españoles que quieren asegurarse un supuesto de doble nacionalidad reflejado registralmente, que les otorgue cierta seguridad en la eficacia del vínculo español.

d') Pérdida por sanción

Otra cuestión que nos puede preocupar, aunque quizás no se haya reparado en ella, es la de la eventual pérdida por sanción. Es decir, una vez obtenida la nacionalidad española por opción [art. 20.1.b) del Cc] o por naturalización por residencia legal en España de un año [art. 22.2.f) del Cc] habrá que averiguar si es de aplicación la causa de pérdida prevista en el art. 25.1.a) del Cc. Este precepto establece que:

(82) La doctrina española, con respecto al art. 26 del Cc redacción dada por la Ley 15 de julio de 1954, ha calificado esta inscripción no solo como obligatoria sino también de carácter constitutivo [vid. M. PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS: “De los españoles y extranjeros”, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, (M. ALBALADEJO, dir.), tomo I, Jaén, Edersa, 1978, p. 749; J. PERÉ RALUY: *Derecho del Registro Civil*, 2 vols., Madrid, Aguilar, 1962, pp. 608, 614; E. PÉREZ VERA: *Derecho internacional privado*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 43; M^a P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, en la obra de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS: *Lecciones de Derecho internacional privado. Derecho de la nacionalidad. Derecho de extranjería*, Oviedo, Serv. Publ. Univ., 1979, p. 92].

(83) Durante el período que estuvo vigente este precepto no se conoce ningún supuesto en que se aplicase. No hay ni una sola decisión de la DGRN en la que suscitara su eventual aplicación. Después de la derogación de la norma ha sido aplicada en unas cuantas ocasiones, entre las que podemos destacar las Res. DGRN de 23 de noviembre de 1991, de 2 de septiembre de 1992, de 8 de octubre de 1992, de 26 de octubre de 1992, 5^a de 2 de octubre de 1993, de 16 de octubre de 1993, de 8 de febrero de 1994, 4^a de 15 de septiembre de 1994, de 21 de noviembre de 1994, de 27 de diciembre de 1994, 2^a de 8 de mayo de 1997 y 4^a de 2 de marzo de 1998. En esta última decisión se afirma que: “... lo que sucede es que los interesados como nacidos en Marruecos de padres también nacidos en Marruecos y correspondiéndoles la nacionalidad marroquí han incurrido en causa de pérdida de la nacionalidad española (art. 26 del Cc, redacción de 1954) por no haber manifestado en la forma solemne exigida su voluntad de conservar la nacionalidad española dentro del año siguiente a la mayoría de edad o emancipación (art. 65 del LRC). Por consiguiente, se trata de personas que perdieron en su momento la nacionalidad española” (*BIMJ*, 1999, n^o 1829, pp. 2325-2327).

“Art. 25.1.– Los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad: a) Cuando durante un período de tres años utilicen exclusivamente la nacionalidad a la que hubieran declarado renunciar al adquirir la nacionalidad española.”

Este precepto fue objeto de algunas enmiendas tanto en el Congreso como en el Senado aunque las justificaciones dadas para su eliminación no pueden estimarse excesivamente correctas⁸⁴.

Desde nuestro punto de vista, la argumentación para no mantener este tipo de pérdida por sanción sería la siguiente. Si a los progenitores, los emigrantes y sus hijos se les otorga la posibilidad de tener dos nacionalidades, nos parece razonable que a los descendientes también. Ahora bien, el espíritu de este precepto parece claro: en nuestro Ordenamiento se mantiene el principio de la perpetuación de la nacionalidad única para los inmigrantes que accedan a la nacionalidad española. Ello debido a que se exige la renuncia a la nacionalidad extranjera; e incluso, parece que si esta renuncia fuese meramente formal se puede privar de la nacionalidad española. Desde luego, el uso exclusivo de la nacionalidad a la que previamente se ha renunciado implica la privación de la nacionalidad española.

C) Disposiciones que van a beneficiar directamente a los emigrantes e hijos

a) Doble nacionalidad: declaración prevista en el art. 24.1.1 del Cc

La nueva regulación, por la que se modifica el Código Civil en materia de nacionalidad, se ocupa esencialmente de los emigrantes incluso más que de sus hijos o de los nietos. Ciertamente, se han modificado dos instituciones: la pérdida y la recuperación de la nacionalidad española. En ambos supuestos se van a provocar los casos de doble nacionalidad que se recogieron en la Ley 51/1982.

En concreto, se va a establecer una doble nacionalidad por razón de emigración tanto en el párrafo 1.º *in fine* del art. 24 del Cc como en el art. 26 del Cc. El primero de estos preceptos prevé la posibilidad de adquirir voluntariamente una nacionalidad extranjera obtenida sin pérdida de la española si el interesado realiza una declaración de voluntad de mantener la española dentro de los tres años siguientes a la adquisición de la nacionalidad española o desde la emancipación. En este sentido, el art. 24.1 del Cc, en su nueva redacción, establece expresamente que:

“Art. 24.1.– Pierden la nacionalidad española los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad (...) La pérdida se producirá una vez que transcurran tres años a contar (...) desde la adquisición de la nacionalidad extranjera. No obstante los interesados podrán evitar la pérdida si dentro del plazo indicado declaran su voluntad de conservar la nacionalidad española al encargado del Registro Civil.”

(84) En la Cámara Baja se presentaron dos enmiendas proponiendo la supresión de esta causa de pérdida. Se trataba de la Enmienda nº 12 del Grupo Mixto (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 122-8, de 9 de abril de 2002, p. 21); y la Enmienda nº 28 del Grupo Socialista (*ibíd.*, pp. 26-27). En el Senado, este Grupo parlamentario reitera su propuesta en la Enmienda número 51 [*BOCG, Senado*, VII Legislatura, Serie III B, nº 5 (b), de 18 de junio de 2002, p. 22] La Enmienda nº 39 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió está de acuerdo con este supuesto pero cinco años de uso exclusivo para la letra a) del apartado primero del artículo 25 del Código Civil (*ibíd.*, p. 18).

En esta disposición se está permitiendo que todos los españoles que adquieran una nacionalidad extranjera pueden mantener su nacionalidad originaria, lo que es lo mismo se permite la doble nacionalidad. Realmente no es una gran novedad ya que el párrafo 3º de la Constitución lo permite. Se trata de un desarrollo claro del precepto mencionado y rescita la doble nacionalidad por razón de emigración prevista por el art. 23.1 *in fine* del Cc, en su redacción por la Ley 51/1982⁸⁵. De todas formas, con respecto a aquel precepto se pueden señalar algunas ventajas de la nueva redacción. El actual art. 24.1 del Cc, en su nueva redacción, establece el plazo dentro del cual el interesado debe hacer la declaración de conservación de la nacionalidad mientras que el derogado supuesto no establecía ningún plazo por lo que el Centro Directivo estimó suficiente el plazo de un año.

Por tanto, a partir de la entrada en vigor de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, los españoles que adquieran en el futuro una nacionalidad extranjera –sean o no emigrantes– aunque residan habitualmente en el extranjero no perderán la nacionalidad española si en un plazo –tres años desde la adquisición– declaran su voluntad de conservar la española. En todo caso, parece claro que dicha declaración debe ser realizada ante el Encargado del Registro Civil de su domicilio, que normalmente será el Cónsul español acreditado en la demarcación en la que reside el interesado. Aunque no se diga nada en el Código Civil parece razonable que esta declaración acceda al registro mediante una anotación en la que se dé publicidad registral de que esa persona mantiene la nacionalidad española aunque tenga otra extranjera. Este punto probablemente será objeto de una puntual interpretación por el Centro Directivo. La declaración, en todo caso, impide la posibilidad de incurrir en la pérdida por uso exclusivo de nacionalidad extranjera.

b) Recuperación de la nacionalidad española: una nueva redacción del art. 26 del Cc

Otro de los preceptos que se ha modificado con la finalidad de proteger a los emigrantes y a sus hijos ha sido el art. 26 del Cc. La institución de la recuperación en su nueva versión permite señalar la existencia de un avance, pues se elimina un requisito importante para los antiguos españoles que quieran volver a serlo. Se trata de la eliminación del requisito de la renuncia a la nacionalidad extranjera que se posea. En este sentido, el actual art. 26 establece que:

“Art. 26.1.– Quien haya perdido la nacionalidad española podrá recuperarla cumpliendo los siguientes requisitos:

- a) Ser residente legal en España. Este requisito no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes. En los demás casos podrá ser dispensado por el Ministro de Justicia cuando concurran circunstancias excepcionales.
- b) Declarar ante el encargado del Registro Civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española
- c) Inscribir la recuperación en el Registro Civil.”

(85) Cf. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Nacionalidad y emigración*, op. cit., pp. 191-228.

Como decíamos, en la institución prevista en el art. 26 Cc se ha suprimido el requisito de la renuncia a la nacionalidad anterior; dicha exigencia suponía en la práctica un obstáculo insuperable para la recuperación de la nacionalidad española. Realmente, en la mayoría de los casos los españoles dejaron de serlo por adquirir una nacionalidad extranjera, que precisaban para vivir en el país de residencia. Si todavía continuaban residiendo fuera de España necesitan mantener la nacionalidad extranjera. Por esta razón, antes de la entrada en vigor de la Ley 36/2002, no solicitaban la recuperación, pues nuestro Ordenamiento no les permitía tener las dos salvo que la nacionalidad que ostentasen coincidiera con la nacionalidad de un país iberoamericano, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal. En la actualidad se ha suavizado para todos los países y nacionalidades, por lo que podemos afirmar que el cambio legislativo supone un avance. De todas formas, tanto en el Congreso⁸⁶ como en el Senado⁸⁷ se intentó introducir una regulación más flexible y fácil eliminando también el requisito de la residencia legal con carácter

(86) En el Congreso tanto el Grupo Parlamentario como el PNV mantuvieron la eliminación del requisito de la residencia legal para todos los que traten de recuperar la nacionalidad española. En concreto, la Enmienda nº 29 (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 122-8, de 9 de abril de 2002, p. 27). En la defensa de esta enmienda del Grupo Socialista, el Diputado Villarrubia Mediavilla sostenía que: "Lo que decimos nosotros es que si de verdad queremos facilitar la recuperación de la nacionalidad española, quitemos el requisito de tener que ser residente legal en España... Mantener este requisito dificulta mucho en la práctica la posibilidad real de recuperar la nacionalidad española para personas que la perdieron sin quererlo" (*Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisiones. Justicia e Interior*, VII Legislatura, nº 495, sesión nº 55, de 20 de mayo de 2002, p. 15924). Vid. Intervención de la Señora Uría: "Mi Grupo pretende suprimir el requisito de la residencia legal en España para recuperar la nacionalidad española. Nos parece que así podría solicitarla quien reside en el extranjero. De este modo, se permitiría realizar los trámites necesarios sin tener que trasladarse del país donde en ese momento concreto se está residiendo" (*ibid.*, p. 15923).

(87) En el Senado podemos ver las siguientes: Enmienda nº 10 presentada por GP SNV que proponía la siguiente redacción: "Artículo 26.1.- El español que haya perdido esta condición podrá recuperarla cumpliendo los requisitos siguientes: a) Declarar su voluntad de recuperar la nacionalidad española ante el Encargado del Registro Civil del lugar de su residencia en España. Si el interesado reside fuera de España dicha declaración se hará, bien ante el Encargado del Registro Consular del Estado de su residencia, o bien mediante documento auténtico, dirigido al Encargado del Registro Central. b) Inscribir la recuperación en el Registro Civil". Dicha enmienda se justifica porque "Se trata de suprimir el requisito de residencia legal en España y de este modo, el poder solicitar la recuperación de la nacionalidad alguien que resida en el extranjero, permitir la realización de los trámites sin tener que trasladarse de país" [*BOCG, Senado*, VII Legislatura, Serie III B, nº 5 (b), de 18 de junio de 2002, p. 9]. En su defensa, el Senador Sr. Zubia Atxaerandio señalaba que: "La última de nuestras enmiendas (...) relativa al artículo 26 de la proposición de ley. Tiene una pretensión muy concreta, que es suprimir el requisito de ser residente legal en España para poder recuperar la nacionalidad y posibilitar, por otra parte, que pueda solicitarla alguien que resida en el extranjero y que declare su voluntad de tal recuperación, lo que podría hacerse -así lo decimos en nuestra enmienda- sin tener que trasladarse de país, bien ante el encargado del registro consular del Estado de su residencia o mediante documento auténtico, dirigido al encargado del registro central" (*Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Justicia*, VII Legislatura, nº 323, 18 de septiembre de 2002, pp. 4-5). La Enmienda nº 52 del Grupo Parlamentario Socialista propone la siguiente redacción: "Artículo 26.1.- Quien haya perdido la nacionalidad española podrá recuperarla cumpliendo los siguientes requisitos: a) Declarar ante el encargado del Registro Civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española. b) Inscribir la recuperación en el Registro Civil". Se justificaba con esta motivación: "Para recuperar la nacionalidad española no es necesaria la residencia legal porque estamos en un supuesto de recuperación. Por lo tanto, no tiene sentido la exigencia de la residencia. No se trata de alguien que va a acceder a la nacionalidad, sino de alguien que ha tenido la nacionalidad y la quiere recuperar y para recuperar la nacionalidad sólo es preciso -así lo entiende mi Grupo- la declaración de voluntad del interesado, su deseo de adquirir la nacionalidad, y la inscripción en el registro de esa recuperación" [*BOCG, Senado*, VII Legislatura, Serie III B, nº 5 (b), de 18 de junio de 2002, p. 22].

general. Otros grupos parlamentarios, en cambio, se conformaron con la ampliación del colectivo exento del requisito de la residencia legal a los nietos de los emigrantes⁸⁸.

En el texto final aprobado se exige pues la residencia legal en España, pero se exime a emigrantes e hijos de emigrantes y se puede dispensar a todos cuantos acrediten razones excepcionales. Por ello, habrá que preguntarse: ¿Quiénes van a tener que residir en nuestro país para poder recuperar la nacionalidad? Esta pregunta no es nueva, sino que ya se formuló en el debate parlamentario, en su intervención la Portavoz del Grupo Popular, Sra. Muñoz Uriol señalaba expresamente:

“Los que hemos visto en el artículo 25, personas de tercera, cuarta, quinta o sexta generación que, aun siendo españoles en su momento, al no utilizar nunca la nacionalidad española, probablemente por no haber tenido ninguna relación con España, la han perdido. En caso de que quieran volver a ser españoles, se les exige que tengan algún vínculo con España, y en este caso es ser residente legal.”⁸⁹

En definitiva, la redacción actual de este precepto, no difiere excesivamente de las tres últimas redacciones del precepto⁹⁰ aunque supone una simplificación real a nivel práctico; y, desde una perspectiva teórica, se produce un cierto avance.

Esta mutación de carácter positivo se demuestra por el mantenimiento de unas reglas especiales para los emigrantes y sus hijos. Por otro lado, aunque el régimen general es prácticamente idéntico, se produce un cierto avance con relación a dos extremos: de un lado, en caso de que el interesado no resida en España o que se encuentre de forma irregular en territorio español puede solicitar la dispensa del requisito de “residencia legal” al igual que en la legislación anterior, si bien la complejidad parece menor; por otro lado, no es necesaria la habilitación previa del Gobierno para los varones que hubiesen perdido la nacionalidad española sin haber cumplido el servicio militar español estando obligados al mismo.

(88) En la Enmienda nº 50 del Grupo Parlamentario CiU se propone que el requisito de la residencia legal en España no fuera aplicable también a los nietos de los emigrantes, en consonancia con el tratamiento que hemos venido dando a los nietos en todas las enmiendas que hemos estado viendo relativas a los artículos 17, 20, 22, 24 y también en este artículo 26 (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, nº 122-8, de 9 de abril de 2002, p. 33). En el Senado, este Grupo reitera la misma propuesta en la Enmienda nº 40 [BOCG, Senado, VII Legislatura, Serie III B, nº 5 (b), de 18 de junio de 2002, p. 18]. Al no ser aprobada la Enmienda, los nietos necesitarán la residencia legal en España o su dispensa (Res. DGRN 1ª de 6 de marzo de 2002).

(89) Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisiones. Justicia e Interior, VII Legislatura, nº 495, Sesión nº 55, de 20 de mayo de 2002, pp. 15924-15925.

(90) Para el análisis del art. 26 del Cc, redacción dada por la Ley 51/1982 (vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS: *Derecho español de la nacionalidad*, op. cit., pp. 227-234; J.Mª: ESPINAR VICENTE: *Derecho internacional privado. Nacionalidad*, op. cit., pp. 137-141; A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Nacionalidad y emigración*, op. cit., pp. 184-187. Para la interpretación del art. 26 del Cc, redacción dada por la Ley 18/1990 vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Pérdida y recuperación de la nacionalidad española”, op. cit., pp. 63-97. En cambio, se produce una transformación radical con respecto al régimen de recuperación privilegiado que anteriormente se encontraba regulado en la disposición transitoria de la Ley 51/1982, de 13 de julio (vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Nacionalidad y Emigración*, op. cit., pp. 193-228).

Por esta razón, pensamos que la institución de la recuperación está regulada de forma más flexible que en la legislación anterior. Se parte de evitar tramitaciones inútiles y de aligerar el procedimiento de la recuperación. Por ello se exime, como ya ocurría en el anterior art. 26 del Cc, con carácter general del requisito de la residencia para los emigrantes y sus hijos.

No obstante, como acabamos de señalar, el régimen general de recuperación continúa imponiendo la residencia legal en España, si bien dicho requisito puede ser dispensado por el Ministro de Justicia cuando concurran en el solicitante circunstancias excepcionales y, además, dos grandes colectivos, los emigrantes e hijos de emigrantes [art. 26.1.a) del Cc] están exentos del cumplimiento de este requisito.

De este modo, y con carácter general, es necesaria la residencia legal, circunstancia que continúa siendo un obstáculo para las personas que fueron en algún momento españolas y no se encuentran en los dos colectivos antes señalados. Ahora bien, el legislador introduce ciertas facilidades para sortear tal obstáculo al permitir que la exigencia de la residencia legal pueda ser dispensada. Esta necesidad se ha puesto de manifiesto por el Centro Directivo en numerosas ocasiones⁹¹ pudiendo resaltarse la Res. DGRN 4^a de 2 de marzo de 1998 al señalar que:

“... lo que sucede es que los interesados como nacidos en Marruecos de padres también nacidos en Marruecos y correspondiéndoles la nacionalidad marroquí (...). Por consiguiente, se trata de personas que perdieron en su momento la nacionalidad española y que, para recuperarla, necesitan ser residentes legales en España u obtener del Ministerio de Justicia la oportuna dispensa «cuando concurran circunstancias excepcionales» (art. 26 del Cc), ya que no son emigrantes ni hijos de emigrantes.”⁹²

La solicitud de dicha dispensa debe iniciarse ante el Encargado del Registro Civil del domicilio. Pero, su resolución compete al Ministro de Justicia, siendo nula la denegación hecha por el instructor⁹³. La concesión o denegación de dicha dispensa es discrecional valorando las circunstancias alegadas. Quizás, entre las condiciones a tener en cuenta, podrían tomarse en consideración los extremos siguientes: “la adaptación a la cultura española y el conocimiento del idioma, las actividades profesionales, sociales, culturales o benéficas en favor de intereses o asocia-

(91) Vid. Res. DGRN 1^a de 16 de octubre de 1995; 2^a de 19 de junio 1996; 2^a de 27 de febrero, 2^a de 19 de abril, 2^a de 3 de junio, 2^a de 8 de octubre y 2^a de 23 de octubre de 1997; 4^a de 2 de marzo, y 2^a de 4 de abril de 1998, 1^a de 26 de febrero de 1999.

(92) *BIMJ*, 1999, n.º 1829, pp. 2325-2327. También se observa en la Res. DGRN 1^a de 26 de febrero de 1999 al afirmar que: “Cuando, como es el caso, una persona que no es emigrante ni hijo de emigrante quiere recuperar la nacionalidad española, uno de los requisitos exigidos es el de que sea residente legal en España y si, como también sucede en el supuesto, el interesado no reside en territorio español, este requisito puede ser dispensado por el Ministerio de Justicia cuando concurran circunstancias excepcionales” (*BIMJ*, n.º 1855, 1999, pp. 3113-3115).

(93) En este sentido, se manifiesta la Res. DGRN 1^a de 26 de febrero de 1999 al afirmar que: “La solicitud de esta dispensa da lugar a la tramitación de un expediente que ha de ser instruido conforme a las reglas generales por el Cónsul Encargado del Registro Civil del domicilio del interesado (art. 365 de RRC). Evidentemente el instructor carece en este expediente de facultades decisorias, de modo que si a su juicio y al del Canciller del Consulado en funciones de Ministerio Fiscal (art. 54 del RRC) no se da la excepcionalidad requerida, lo procedente es que informen desfavorablemente al elevar el expediente a esta Dirección General, pero no que el Cónsul rechace por sí la recuperación” (*BIMJ*, n.º 1855, 1999, pp. 3113-3115).

ciones españolas y cualquier otra circunstancia que denote una particular vinculación con España del interesado y de su familia”⁹⁴.

El art. 26 del Cc una vez que ha establecido con carácter general que, para recuperar la nacionalidad española, es necesario “ser residente legal en España” añade que “este requisito no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de los emigrantes”. Por tanto, existe total claridad en que los beneficiarios indiscutibles de la no exigencia de la residencia legal en territorio español son los emigrantes y sus hijos. No obstante, la evidencia se ensombrece a la hora de proceder a determinar quiénes son considerados como emigrantes e hijos de emigrantes, ya que la actual legislación no delimita quiénes son estas personas. Por ello, antes de aplicar el beneficio debemos saber con claridad quiénes van a ser los beneficiarios.

En materia de nacionalidad han sido dos las opciones interpretativas que se han tomado en consideración: de un lado, la Instrucción DGRN de 16 de mayo de 1983 al introducir un concepto de emigración autónomo establecía que:

“Este concepto de emigración ha de entenderse en su sentido propio, es decir, ha de referirse al español, que especialmente por motivos laborales o profesionales, traslada su residencia habitual al extranjero, así como a los familiares que le sigan.”⁹⁵

En cambio, la *Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991* se decantaba en favor de que “sólo se exige hoy el hecho físico de la emigración y no que la adquisición de la nacionalidad extranjera haya sido una consecuencia de aquélla” para ser considerado como eventual destinatario de las normas de nacionalidad especialmente previstas para emigrantes⁹⁶.

De las dos vías utilizadas podemos afirmar que la primera no es totalmente correcta pues, no se puede mantener una interpretación estricta de los beneficiarios que permita la exclusión de los hijos nacidos en el extranjero por el hecho de que no sea posible acreditar el desplazamiento desde el territorio español. Esta eventual crítica no se puede sostener en la segunda interpretación, ya que la *Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991* afirma que el objetivo es otorgar “un trato de favor a los emigrantes y a sus hijos, es decir, también en contra de la doctrina oficial sentada bajo la Ley anterior (...) a los hijos de los emigrantes cuando tales hijos hayan nacido en el extranjero”. De aquí, que parezca más correcto optar por la segunda tesis interpretativa de forma que sería considerado como emigrante todo español que se hubiese desplazado de España así como sus hijos cualesquiera que fuese el lugar de su nacimiento. Con este planteamiento, para beneficiarse de la exención de residencia legal en España no sería necesario acreditar que la adquisición de la nacionalidad extranjera haya sido una consecuencia del fenómeno migratorio.

(94) Orden del Ministerio de Justicia de 11 de julio de 1991, sobre tramitación de expedientes de dispensa del requisito de residencia en España 1991 (*BOE*, 24 de julio de 1991).

(95) Cf. Instrucción de 16 mayo 1983 (*BOE*, 20 de mayo de 1983) y la doctrina del Centro Directivo a partir de la Res. DGRN de 14 de julio de 1986 (*BIMJ*, supl. n.º 31/1986, pp. 65-70; comentada por A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “La doble nacionalidad de los hijos de los emigrantes españoles”, *La Ley*, 1987-2, pp. 887-900; íd.: *Nacionalidad y Emigración*, op. cit., pp. 203-212).

(96) *BOE*, 24 de julio de 1991.

Ahora bien, cualquiera que sea la postura que tomemos en consideración, parece que sólo se verán favorecidos con la exención del requisito de la residencia legal en territorio español los que se vieron obligados a desplazarse fuera de España por razones especialmente laborales y profesionales así como sus hijos –tanto los nacidos en España como los nacidos en el país de acogida de sus padres⁹⁷.

Parece deducirse que demostrando haber nacido en España con traslado a un país extranjero o ser hijo de una de estas personas es suficiente para cumplir la condición de emigrante. En este caso no es necesario acreditar previamente tal condición⁹⁸.

Luego, los que no sean considerados como emigrantes o hijos siguen necesitando para recuperar la residencia legal en España o su dispensa; así ocurre, por ejemplo, con los nietos de emigrantes y con quienes hayan perdido la nacionalidad española sin salir de España. De la última matización se puede observar que quienes no son considerados emigrantes necesitan para recuperar la nacionalidad española poseer residencia legal en España u obtener la dispensa⁹⁹.

(97) El Centro Directivo parece mantener un criterio flexible pues basta con haber nacido en España y que el interesado haya estado residiendo en el extranjero. En este sentido, para eliminar cualquier tipo de duda la Res. DGRN 1ª de 2 de septiembre de 1996 apunta que: “Conviene advertir, que no es preciso, como se deduce del informe emitido por el Juez Encargado, justificar el carácter de emigrante para la aplicación del precepto ya que obviamente merecen tal consideración todos aquellos que habiendo nacido en España viven en otro país. Por lo tanto, acreditado el nacimiento en España de la interesada y una vez efectuada en el extranjero la manifestación de voluntad de querer recuperar la nacionalidad española ante el Cónsul competente, no debe haber ningún obstáculo para hacer constar tal recuperación al margen de la inscripción de nacimiento” (*BIMJ*, nº 1790, 1997, pp. 340-341).

(98) Esta postura está claramente sustentada en la Res. DGRN 2ª de 23 de octubre de 1997 al señalar que: “La condición de emigrante, como viene señalando la doctrina de este Centro Directivo, no es una cualidad que haya que probar especialmente porque se deduce objetivamente del hecho de haber nacido en España y residir en otro país en el momento en que se recupera la nacionalidad española por haberla perdido al adquirir otra nacionalidad. Esta interpretación literal de la expresión «emigrante» es la que fue aceptada oficialmente en la interpretación de las Leyes 51/1982, de 13 de julio y 18/1990, de 17 de diciembre (Instrucciones de 16 de mayo de 1983 y de 20 de marzo de 1991) y no hay motivos para defender, en la interpretación de la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, que redactó el vigente artículo 26 del Código Civil, una desviación de tal interpretación. Con ella, por cierto, no quedan excluidos algunos colectivos de personas que siguen necesitando para recuperar la residencia legal en España o su dispensa; así ocurre, por ejemplo, con los nietos de emigrantes y con quienes hayan perdido la nacionalidad española sin salir de España”. Con el mismo criterio se pueden ver las Res. DGRN de 6 de abril, de 19 de junio de 1996, de 22 de enero, 2ª de 27 de febrero, 2ª de 19 de abril, 1ª y 2ª de 3 de junio, de 9 de julio, 5ª de 23 de agosto, 1ª de 2 de septiembre, de 22 y 2ª de 23 de octubre, de 1 de diciembre de 1997, 1ª y 2ª de 11 de marzo, 2ª de 3 de abril, 1ª de 2 y de 3 de junio, 2ª de 11 y de 18 de noviembre de 1998, y 2ª de 28 de abril y 2ª de 25 de junio de 1999, 4ª de 11 y 1ª de 13 de abril, 1ª de 2 y 1ª de 10 de junio de 2000, 1ª de 22 de marzo y 2ª de 3 de noviembre de 2001 y 2ª de 3 de junio de 2002.

(99) En este sentido, se manifiesta la Res. DGRN 2ª de 19 de junio de 1996 al afirmar que: “La recuperación ahora intentada requiere el requisito de la residencia legal en España exigido por el actual artículo 26.1.a) del Código Civil. Puesto que no son emigrantes ni hijos de emigrantes, este requisito podrá ser dispensado por la Ministra de Justicia «cuando concurren circunstancias excepcionales»” (*BIMJ*, nº 1782-83, 1996, pp. 3589-3593). Por su parte, la Res. DGRN 2ª de 19 de abril de 1997 señala que: “Únicamente conviene añadir que si hipotéticamente el padre hubiera conservado la nacionalidad española cuando nació el hijo –lo normal es que la hubiera perdido en 1953, al llegar a la mayoría de edad, por aceptación voluntaria de la nacionalidad marroquí (art. 20 del Cc originario)–, el hijo hubiera nacido de padre español y hubiera perdido la nacionalidad española durante su minoría de edad por dependencia familiar (art. 23.5º del Cc, redacción de 1954), desde el momento en que su padre, libre del servicio militar español, hubiera perdido la nacionalidad española por su adquisición o aceptación voluntaria de la nacionalidad marroquí (art. 22 del Cc, redacción de 1954). De darse este conjunto de circunstancias –que obviamente

En definitiva, es necesaria la residencia legal para todos aquellos que si bien fueron españoles en algún momento de su vida, ellos mismos o sus padres no nacieron en territorio español¹⁰⁰. Ahora bien, aun cuando es cierto que a los destinatarios no se les denegará la readquisición de la nacionalidad, la exigencia de un requisito como el de la residencia legal, en algunas ocasiones, está impidiendo el ejercicio de dicho derecho. Esta afirmación es fácilmente verificable puesto que estas personas, españoles en un momento anterior, son extranjeros. Por esta razón están sometidos a las disposiciones previstas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹⁰¹. Desde la entrada en vigor de esta Ley está muy claro que para ser considerado como residente legal es necesario estar en posesión de un permiso de residencia¹⁰². En la nueva ordenación se prevé en el art. 49.2.g) del RD 864/2001, de 20 de julio, la eventual concesión de la exención de visado a los que hubiesen perdido la nacionalidad española. En todo caso, en materia de acceso al trabajo el art. 41.j) de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, establece que no será necesario el permiso de trabajo cuando se trate de “los españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española”¹⁰³.

D) Otras disposiciones innovadoras en materia de nacionalidad incluidas en la Ley 36/2002

a) Plazo de resolución de los expedientes en materia de adquisición y recuperación de nacionalidad

El plazo de resolución de los expedientes en materia de nacionalidad se encuentra expresamente recogido en la disposición adicional primera de la Ley 36/2002, de 8 de octubre. Esta disposición establece expresamente que:

“Las solicitudes de adquisición por residencia y de dispensa del requisito de residencia legal para recuperar la nacionalidad española habrán de ser resueltas en el plazo máximo de un año desde que hubieran tenido entrada en el órgano competente para resolver, transcurrido el cual sin que hubiera recaído resolución expresa, habrán de entenderse desestimadas de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley del Registro Civil.”

te habría de probar el interesado—, podría éste recuperar la nacionalidad española al amparo del vigente artículo 26 del Código civil, si bien, por no ser emigrante ni hijo de emigrantes, necesita la residencia legal en España o la dispensa de este requisito por el Ministerio de Justicia, si es que concurren circunstancias excepcionales” (*Anuario DGRN*, 1997, pp. 1603-1606). Tampoco son emigrantes los interesados del caso resuelto por la Res. DGRN de 11 de marzo de 2001 ni los nietos de emigrantes (vid. Res. DGRN 1ª de 6 de marzo de 2002).

(100) Esta postura se puede observar en la Res. DGRN 4ª de 2 de marzo de 1998 (*BIMJ*, nº 1829, 1999, pp. 2325-2327) y en la Res. DGRN de 23 de noviembre de 1998 (*BIMJ*, nº 1851-52, 1999, pp. 2564-2565).

(101) Vid. nota 38.

(102) Art. 29.3 de la LOEx.

(103) Vid. P. AGUELO NAVARRO y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *La Ley de Extranjería*, op. cit., pp. 152-153.

El tenor literal de este precepto mantiene el criterio establecido en la disposición adicional primera del RD 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprobaron determinadas normas procedimentales en materia de Justicia e Interior en el que se estableció la tesis del silencio negativo y el plazo de un año para la resolución del procedimiento, al disponer que:

“Los procedimientos relacionados con la adquisición o recuperación de la nacionalidad española, susceptibles de recurso en la vía contencioso-administrativa, habrán de ser resueltos en el plazo máximo de un año desde que la solicitud haya tenido entrada en la Dirección General de los Registros y del Notariado. Transcurrido el plazo aludido sin que haya recaído resolución expresa se podrán entender desestimadas las solicitudes formuladas por los interesados.”¹⁰⁴

Ahora bien, debemos de aplaudir la introducción de la disposición adicional primera de la Ley 36/2002, ya que dicho Real Decreto quedó afectado y la mencionada disposición adicional fue derogada por los arts. 42 y 43 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, redactado por la Ley 4/1999 (en adelante LRJPC)¹⁰⁵.

En virtud del art. 42.3.b) de la LRJPC el plazo de resolución se redujo a tres meses desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el órgano competente para su tramitación¹⁰⁶. Por su parte, el art. 43 de esta Ley establece en el párrafo 2º que: “Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario”.

En principio, parece que existe una derogación de la disposición adicional primera del RD 1879/1994 en favor del último precepto aludido. Por tanto, para cambiar el sentido del silencio, es decir para que las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española no se entiendan estimadas por silencio positivo una vez transcurrido el plazo legalmente establecido es preciso que una ley lo regule así expresamente¹⁰⁷.

Para alejar la incertidumbre, el poder legislativo aprovechando una reforma parcial y mínima –aunque importante– mediante la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y

(104) *Ibid.*, 7 de octubre de 1994.

(105) *BOE*, 14 de enero de 1999.

(106) Es posible otro plazo superior, pero necesariamente debe quedar regulado por ley, en virtud del párrafo 2º del nuevo art. 42 al establecer que: “El plazo máximo en que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria correspondiente”.

(107) En todo caso, el Gobierno contaba con dos años desde la entrada en vigor de estos preceptos –hasta el 15 de abril de 2001– para adaptar las normas reguladoras de los procedimientos al sentido del silencio administrativo establecido en la presente Ley (disposición adicional primera). Sin embargo, mientras no se lleve a cabo la coordinación las previsiones de esta disposición continuarán en vigor, con su propio rango, las normas reglamentarias en cuanto no se opongan a la presente Ley y en todo caso cuando las citadas normas hayan establecido un plazo máximo de duración del procedimiento superior a los seis meses, se entenderá que el plazo máximo para resolver y notificar la resolución será precisamente el de seis meses, con las excepciones previstas en el apartado segundo del art. 42.

orden de los mismos¹⁰⁸, se introduce en la Ley del Registro Civil una disposición adicional segunda en la que incorporó el silencio negativo al establecer que:

“En todas las peticiones y expedientes relativos a la nacionalidad y al nombre y a los apellidos, las solicitudes de los interesados no podrán entenderse estimadas por silencio administrativo.”¹⁰⁹

De hecho esta norma de la Ley del Registro Civil dejaba constancia de que el silencio positivo no operaría y, se quiere excepcionar en el ámbito de las materias reguladas por la LRC, entre las que la nacionalidad es esencial¹¹⁰. Una vez que entró en vigor esta disposición legal en el que se establece que el silencio va a ser de carácter negativo pero no ha señalado plazo podemos preguntarnos: ¿podría entenderse que una vez transcurrido el plazo de tres meses desde la solicitud se considerará denegada la nacionalidad por la aplicabilidad de los arts. 42.3.b) y 43.2 de la LRJPC? Desde luego, la respuesta podría ser positiva, pero es evidente que este interrogante desaparecerá el día de la entrada en vigor de la disposición adicional primera de la Ley 36/2002, que ha introducido un plazo de un año y el silencio negativo.

b) “Vacatio legis”

Según la disposición final de la Ley 36/2002, “la presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*”.

(108) Las iniciativas de reforma eran cuatro y todas ellas quedaron subsumidas en la última de las presentadas, la Proposición de Ley sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, presentada el 11 de marzo de 1999. Texto único adoptado por el informe de la Ponencia (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, Serie B, nº 293-1, 23 de marzo 1999, pp. 1-5).

(109) Vid. *BOE*, 6 de noviembre de 1999, pp. 38943-38944. La incorporación de este texto se hace en el informe de la Ponencia en el Senado [*BOCG, Senado*, VI Legislatura, Serie III B, nº 40 (c), 2 de julio de 1999, pp. 9-11]. Se debió a la aceptación de la Enmienda nº 5, presentada por el Grupo Popular al texto remitido al Senado, para la aprobación de la Proposición de Ley sobre nombre y apellidos y orden de los mismos en la que se solicitaba que: “En todas las cuestiones relativas a la nacionalidad y el estado civil las solicitudes de los interesados no podrán entenderse estimadas por silencio administrativo” [*BOCG, Senado*, VI Legislatura, Serie III B, nº 40 (b), 18 de junio 1999, pp. 6-7]. En el Dictamen de la Comisión presentado en el Senado se aprobó la incorporación de esta disposición con el siguiente tenor: “En todas las peticiones y expedientes relativos a la nacionalidad y al nombre y apellidos, las solicitudes de los interesados no podrán entenderse estimadas por silencio administrativo” [*BOCG, Senado*, VI Legislatura, Serie III B, nº 40 (d), 10 de septiembre 1999, pp. 13-15].

(110) Las razones esgrimidas en contra del principio recogido en el primer inciso del párrafo 2º del art. 43 de la LRJPC son fundamentalmente las siguientes: “Es absolutamente necesario hacer uso, en el ámbito de las materias que regula la Ley del Registro Civil, de esta excepción para establecer de modo claro el principio contrario. En las cuestiones sobre nacionalidad y estado civil la estimación de la solicitud por silencio administrativo sería una consecuencia inadmisibles. No tiene sentido, en efecto, que ante una solicitud de nacionalidad española por residencia o por carta de naturaleza el silencio administrativo lleve consigo la adquisición de la nacionalidad por un extranjero, que, quizás, no tenga ningún derecho a adquirirla. Además, los cambios de estado civil dan lugar a inscripciones en el Registro Civil, a veces de carácter constitutivo, respecto de las cuales la calificación del Encargado del Registro, necesaria para la vigencia del principio de legalidad (art. 27 de la LRC) quedaría vacía de contenido si se aceptara la posición del carácter estimatorio del silencio administrativo. El servicio público que presta el Registro Civil es una razón más de peso para exigir siempre la decisión expresa del órgano competente de estimación o desestimación de la solicitud” [*BOCG, Senado*, VI Legislatura, Serie III B, nº 40 (b), 18 de junio 1999, pp. 6-7].

Esta disposición se introdujo en la Comisión de Justicia e Interior en el Congreso de los Diputados por la aceptación de una enmienda del Grupo Socialista¹¹¹. Es una de las pocas enmiendas aceptadas y ciertamente fue bien acogida por todos los Grupos Parlamentarios.

Si nos preguntamos el motivo de la *vacatio legis* más amplia que la regla general de los 20 días desde su publicación en el BOE la respuesta es fácil. Es notorio que las disposiciones de carácter sustantivo sobre nacionalidad se regulan en un corto número de artículos en el Código Civil, por lo que habitualmente surgen lagunas que deben ser interpretadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado¹¹². El Centro Directivo además de aludir a las cuestiones meramente registrales también ha dado su interpretación sobre cada una de las reformas que se han realizado en el Código Civil en materia de nacionalidad. A ello nos tiene acostumbrados desde la Ley de 15 de julio de 1954¹¹³, también con la Ley 14/1975, de 2 de mayo de 1975, sobre reforma de determinados artículos sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges¹¹⁴, con la Ley 51/1982, de 13 de julio¹¹⁵ y con la Ley 18/1990, de 17 de diciembre¹¹⁶ pues se dictaron: el Decreto de 2 de abril de 1955, sobre expedientes e inscripciones; anotación de declaraciones, recuperación o pérdida¹¹⁷, Circular DGRN de 22 de mayo de 1975, instrucciones sobre adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad española¹¹⁸, Instrucción DGRN de 16 de mayo de 1983, sobre nacionalidad española¹¹⁹ y finalmente, la Instrucción DGRN de 21 de marzo de 1991¹²⁰.

Con ello, a la vista de la nueva legislación parece necesaria una interpretación por parte del Centro Directivo no por motivos de tradición sino porque existen puntos que aún no están claros, como, por ejemplo, la forma de declarar y acceder al registro la conservación de la nacionalidad prevista en los párrafos 1º y 3º del art. 24 del Cc.

(111) Se trata de la Enmienda 32, a la disposición final, que hacía referencia a la entrada en vigor de la ley y a la *vacatio legis* de tres meses (*BOCG, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie B, nº 122-8, de 9 de abril de 2002, p. 28).

(112) En este sentido, la intervención de la Sra. Uría Etxebarria, al apuntar que: "Si bien nuestra pretensión era que la ley entrara en vigor cuanto antes, es evidente que requerirá alguna modificación burocrática o, por lo menos, la elaboración de las correspondientes instrucciones y no viene mal la *vacatio* que se pretende, teniendo en cuenta que en materia registral el sistema de fuentes es al revés, es antes la instrucción que la ley, es decir, hecha la ley, esta no va a estar en vigor hasta que no se den las instrucciones pertinentes" (*Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisiones. Justicia e Interior*, VII Legislatura, nº 495, sesión nº 55, de 20 de mayo de 2002, p. 15926).

(113) BOE, 16 de julio de 1954; *RAL*, 1954, nº 1084. Las lagunas que surgieron a la hora de aplicar esta Ley fueron cubiertas por el Decreto de 2 de abril de 1955.

(114) BOE, 5 de mayo de 1975. Algunos aspectos de la nueva regulación que planteaban dudas fueron aclarados por la Circular de la DGRN de 22 mayo 1975.

(115) BOE, 30 de julio de 1982.

(116) BOE, 18 de diciembre de 1990.

(117) BOE, 23 de mayo de 1955, nº 143, p. 3138; *RAL*, 1955, nº 729; rect. *ibíd.*, 29 de abril de 1955, nº 149, p. 3257; *RAL*, 1955, nº 757.

(118) BOE, 24 de mayo de 1975; *Anuario DGRN*, 1975, pp. 343-349.

(119) BOE, 20 de mayo de 1983; Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS: "Anotaciones a la Instrucción de 16 de mayo de 1983 de la DGRN, sobre nacionalidad española", *ADC*, tomo XXXVI, 1983, pp. 1299-1319.

(120) BOE, 26 de marzo de 1991, pp. 9420-9423; corrección de erratas (*ibíd.*, 27 de marzo de 1991, p. 9547).

c) Disposición derogatoria

En virtud de la disposición derogatoria de la Ley 36/2002 “quedan derogadas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la presente Ley”. Es decir que los arts. 20 a 26 del Cc, en su redacción dada por las Leyes 18/1990 y 29/1995 han quedado sin vigencia. Ahora bien, nos surge una duda: ¿qué ha ocurrido con la disposición transitoria segunda de la Ley 29/1995? Con esta Ley se reintrodujo en España la recuperación para las mujeres de origen español que habían perdido la nacionalidad española por haber contraído matrimonio con extranjero con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 2 de mayo de 1975.

Desde luego, parece que solo quedan derogadas las disposiciones que se opongan a la presente Ley –Ley 36/2002– y nos parece que la disposición transitoria segunda de la Ley 29/1995 no se opone a lo mencionado por la nueva Ley. Evidentemente, la norma contenida en la disposición transitoria es transitoria y en principio sólo estaría vigente mientras subsista la Ley que la introdujo¹²¹. Luego, nos da la sensación que ha vuelto a desaparecer una institución especialmente destinada a la protección de la mujer y a reparar las injusticias que nuestro Ordenamiento ha causado a las mujeres que contrajeron matrimonio con extranjeros antes de la entrada en vigor de la Ley 14/1975.

Ahora bien, si la disposición ha desaparecido debemos preguntarnos por la posibilidad de mantener el régimen de privilegio previsto en la mencionada disposición transitoria segunda de la Ley 29/1995. La respuesta debe ser afirmativa, pues durante la vigencia de la Ley 51/1982, en la que se dijo que se había eliminado la norma de 1975, se interpretó la pérdida por razón de emigración y por razón de matrimonio en igualdad de condiciones, dando como resultado que siempre que la mujer había contraído matrimonio con extranjero en el extranjero era emigrante. De proceder a esta interpretación, la mujer española que perdió su nacionalidad por matrimonio, por tanto, se puede beneficiar del régimen previsto para los emigrantes y sus hijos, es decir no necesitaría cumplir el requisito de la residencia legal en España para poder recuperar la nacionalidad española.

De aquí, que podamos concluir que las mujeres emigrantes de origen español pueden recobrar su antigua nacionalidad sin necesidad de volver a España, y, además, tampoco precisan renunciar a la nacionalidad extranjera, aunque hubiesen perdido la nacionalidad española por matrimonio con extranjero, cuando prueben que la adquisición de la nacionalidad extranjera estuvo costreñida por su condición de emigrante. Por tanto, no hay ningún inconveniente en que coincidan la emigración y el matrimonio como causas determinantes de la adquisición de la nacionalidad extranjera. Esperemos que el Centro Directivo realice una interpretación correcta y justa al incluir a las mujeres de origen español que perdieron su nacionalidad por

(121) Con respecto a la disposición transitoria de la Ley 51/1982 las dudas continuaron hasta el punto que fue posible mantener la vigencia de esta disposición una vez que entró en vigor la Ley 18/1990 (Cf. M. PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS: “De los españoles y extranjeros”, op. cit., p. 77). Sin embargo, otros autores mantuvieron que se había producido una derogación tácita de la misma (vid. J. GIL RODRÍGUEZ: *La nacionalidad española y los cambios legislativos*, Madrid, Colex, 1993, p. 100).

contraer matrimonio con un extranjero entre los eventuales beneficiarios del concepto de emigración¹²².

IV. CONCLUSIONES

De lo examinado hasta aquí, la Ley 36/2002, de 8 de octubre, que modifica los arts. 20 a 26 del Cc redactados anteriormente de conformidad con las 18/1990, 15/1993 y 29/1995, trata de cumplir con el mandato constitucional incorporado en el art. 42.

Esta Ley por la que se redactan de nuevo los arts. 20 a 26 del Cc, que entrará en vigor en tres meses desde la publicación en el BOE, tiene claramente la finalidad de eliminar trabas a los emigrantes y a sus descendientes para mantener, recuperar o acceder a la nacionalidad española.

Es evidente, que las normas destinadas a los emigrantes, tienen como misión el mantenimiento de la nacionalidad española aunque se adquiera otra; y también, la flexibilización del procedimiento de la recuperación al no exigir la renuncia de la nacionalidad extranjera. En definitiva, parece claro que volvemos a instaurar un sistema de doble nacionalidad para los españoles que se encuentren en el extranjero, que formó parte del Ordenamiento español durante la vigencia de la Ley 51/1982.

La nueva redacción del párrafo 1º del art. 24 y del art. 26 del Cc supone un avance, pero debemos poner en marcha una campaña de información para que sus destinatarios conozcan las nuevas normas, pues de otra forma puede volver a pasar lo sucedido con la reforma realizada por la Ley 51/1982, que también preveía un sistema de doble nacionalidad por razón de emigración. Evidentemente se debe dar publicidad a la nueva exigencia del art. 24.1 del Cc que impone la necesidad de una manifestación de voluntad de conservación de la nacionalidad española dentro de los tres años siguientes a la adquisición de la nacionalidad extranjera para que no se produzca la pérdida de la española. En segundo término, en cuanto a la recuperación se mantiene la exigencia de la residencia legal en España para volver a gozar de la nacionalidad española y se elimina el requisito de la renuncia a la nacionalidad extranjera. En todo caso, dado que los emigrantes y sus hijos están exentos de la residencia legal en España éstos gozarán de una doble nacionalidad. El objetivo de ambas normas, art. 24.1 y 26 del Cc, es reparar los perjuicios ocasionados en el pasado, pero no deberíamos habernos olvidado de las mujeres de origen español que perdieron la nacionalidad española por matrimonio.

(122) Esta línea se observa en la Res. DGRN de 21 de octubre de 1985 en la que el Centro Directivo mantiene una postura elogiabile al señalar expresamente que: "No hay dificultad alguna para que la mujer española que haya perdido esta nacionalidad por adquisición, automática o voluntaria, de la nacionalidad extranjera de su esposo puede invocar su cualidad de emigrante a los efectos de obtener la aplicación del beneficio de dicha disposición". Esta postura ha sido reiterada en varias ocasiones (Res. DGRN. de 21 de marzo, y de 13 de septiembre de 1988); en cambio, en las Res. DGRN. de 12 de septiembre y de 3 de octubre de 1988, se sostiene que no es posible considerar como emigrante a una española que adquiere la nacionalidad por matrimonio cuando dicha nacionalidad no coincide con la del país en el que reside habitualmente. En la última decisión citada, concretamente, la interesada adquirió la nacionalidad francesa por matrimonio residiendo primero en Marruecos y más tarde en Costa de Marfil.

Para el colectivo de los descendientes de emigrantes –hijos y nietos– la nueva regulación también ha incorporado normas específicas [art. 20.1.b), art. 22.2.f). art. 24.1 y 3 del Cc]. Se prevé la posibilidad de un derecho de opción para las personas que sean hijos de progenitor de origen español y nacido en España. No es novedosa la norma ya que la disposición transitoria primera de la Ley 29/1995 contenía una disposición similar, aunque es muy importante que la declaración de opción se puede realizar sin límites temporales. De todas formas, no se ha logrado lo solicitado por el Consejo General de la Emigración, ya que no abarca a los hijos de progenitores de origen español cuyo nacimiento acaeció fuera de España.

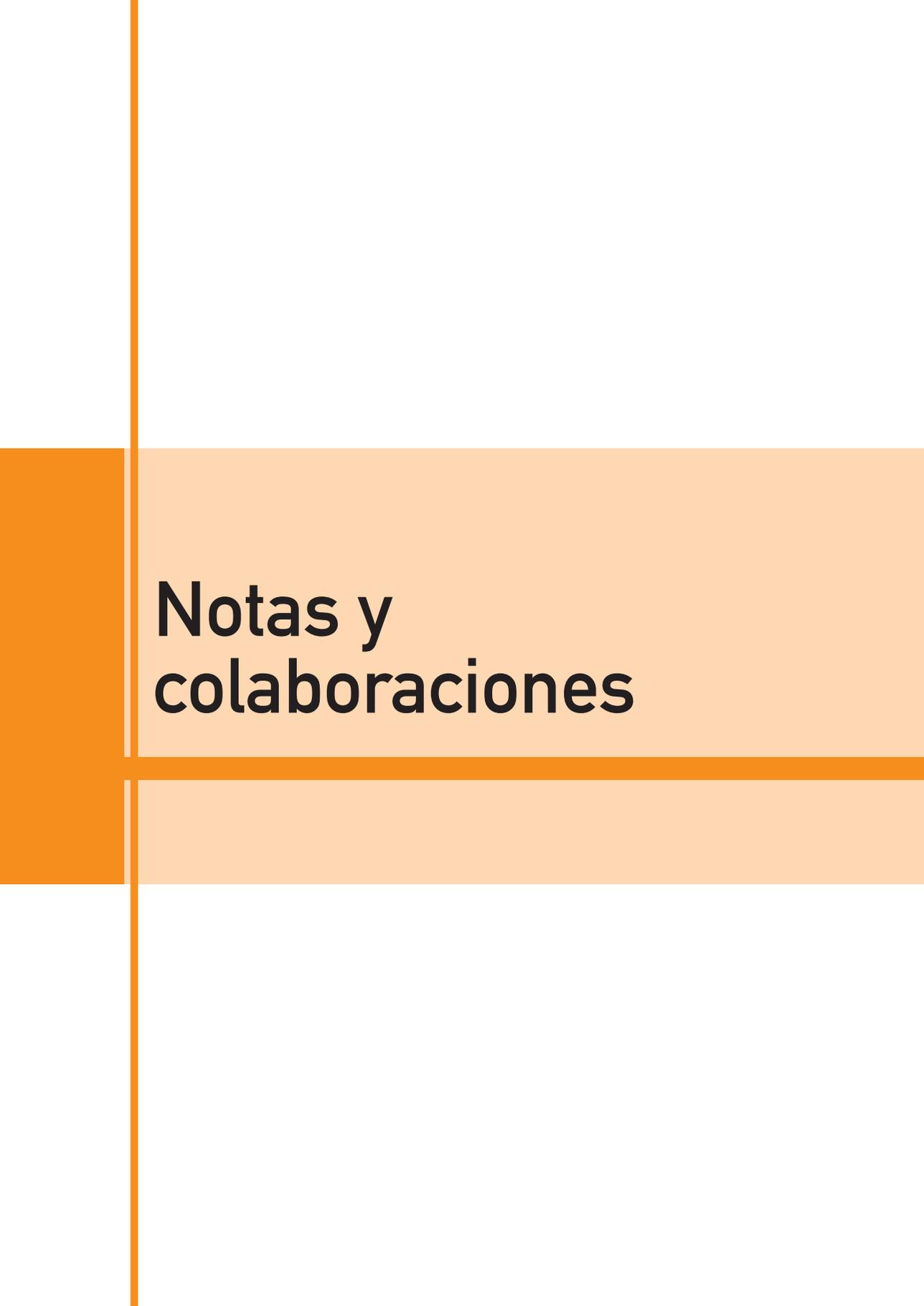
Por otro lado, el art. 22.2.f) del Cc también ha suavizado la adquisición por residencia para los nietos de los españoles. Se prevé una reducción del plazo de residencia legal, continuada durante un año para los que acrediten que su padre o madre, abuelo o abuela fueron españoles de origen. En este supuesto es preciso venir a España como extranjero y obtener un permiso de residencia y mantenerlo durante un año para iniciar el expediente de naturalización por residencia, que se prevé que las autoridades deberán resolver en un año (disposición adicional primera de la Ley 36/2002).

Tanto en el supuesto de la opción [art. 20.1.b) del Cc] como en el supuesto de la naturalización por residencia de un año [22.2.f) del Cc] se exige la renuncia a la nacionalidad anterior. Desde esta perspectiva, también se debe resaltar la existencia de un nuevo supuesto de pérdida previsto en la letra a) del párrafo 1º del art. 25 del Cc. De aquí se deduce que si se mantiene la nacionalidad extranjera, a pesar de la renuncia ante las autoridades españolas, y se utiliza de forma exclusiva la otra nacionalidad es posible que se prive de la nacionalidad española. Otro eventual caso de privación se puede provocar por la aplicación del art. 24.3 del Cc, que exige una declaración de mantenimiento o conservación de la nacionalidad española para los españoles que habiendo nacido y residido en el extranjero ostenten la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, también nacidos en el extranjero, cuando las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad del mismo. Estas personas están obligadas a realizar una declaración de conservación en los tres años siguientes a su mayoría de edad o emancipación.

Las novedades del nuevo Derecho español de la nacionalidad son las que acabamos de exponer. Es una pena que no se haya elaborado por fin una Ley de Nacionalidad, lo que habría significado una reforma profunda de las normas sobre atribución, adquisición, pérdida, conservación y recuperación de la nacionalidad. Nuestro país por muchas razones debe tener muy presente la interacción entre la nacionalidad y los movimientos migratorios. En la Ley 36/2002 sólo se han tenido en cuenta los intereses de los emigrantes y de algunos de sus descendientes. En un futuro, probablemente cercano, debemos interrogarnos seriamente sobre la eventual ampliación de los supuestos de atribución de la nacionalidad por nacimiento en España o por la necesidad de reducir los plazos de adquisición de la nacionalidad por residencia. Se trata de adecuarnos a los procedimientos previstos en nuestro entorno jurídico y además dar cumplimiento al GRECO¹²³

(123) Vid. nota 39.

y algunas de nuestras obligaciones internacionales. Desde esta última perspectiva, es preciso no olvidar que España se incorporó al Convenio sobre el Estatuto de los Apátridas y que el art. 34 establece que es preciso facilitar el acceso a la nacionalidad para estas personas. Desde luego, la única forma es incorporarlos con el mismo trato que aquellos que han obtenido la condición de refugiado.

The image features a white background with a vertical orange line on the left side. Two horizontal orange bands are present: a darker orange band on the left side and a lighter orange band across the middle. The text is centered within the lighter orange band.

Notas y colaboraciones

EDUARD SAGARRA I TRÍAS
Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona.
Profesor Titular de Derecho Internacional Público.
Universidad de Barcelona

I

Un nuevo “*status*” de extranjero en España (El inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)

SUMARIO

I. Introducción.

II. La frialdad de las estadísticas. A) Programa Greco. B) Últimas estadísticas.

III. El nuevo *status* resultante: extranjero-inmigrante, irregular, empadronado, residente, trabajando sin permiso ni autorización, y con orden de expulsión firme.

IV. La ejecución de las órdenes de expulsión.

V. Resultado final.

VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En ocasiones las normas legales van por unos derroteros, mientras la realidad diaria va por otros y, a su vez, la política del Gobierno y de las Administraciones Públicas por unos caminos muy distintos, que conducen a cierto descontrol, y por qué no decirlo a un desconcierto entre la población. Este es el caso de la legislación, la política y la realidad social de la extranjería y de la inmigración en España y en la Unión Europea.

Ante esta situación –de sobra conocida por la sociedad española– cabe preguntarnos, en voz alta, si la política de inmigración que se lleva a cabo es la adecuada; si las normas responden a las necesidades de la sociedad; y en definitiva, si nuestra sociedad –la europea pero sobre todo la española– ha asumido la realidad de una nueva comunidad distinta y que está en constante transformación. Hoy estamos inmersos en una Sociedad-Estado plurinacional, multicultural, multirracial, plurirreligiosa y plurilingüística.

Esta disfunción es la causante de que se lleguen a producir situaciones o *status* –involuntarios pero muy frecuentes– como el que aquí describimos. Asumimos que su caracterología puede ser observada desde una vertiente irónica o sarcástica, pero que, en realidad, enmascara y esconde

una cruel realidad al afectar a seres humanos cuya única salida posible es buscar un sustento y un futuro, aunque sea en la irregularidad y precariedad. Consideramos que estas situaciones deberían hacernos reflexionar, como sociedad, acerca del modelo de sociedad, convivencia e integración que queremos, en pleno siglo XXI, entre nacionales e inmigrantes extranjeros.

Cualquier ciudadano de este país conoce, vive y, también sufre, las consecuencias y los problemas que surgen con la aparición, en nuestras ciudades y pueblos, de un indeterminado número de inmigrantes venidos de otros países, con la intención de trabajar, vivir y quedarse en este paraíso, que para ellos es Europa y España.

A todos nos afectan los problemas callejeros y convivenciales que surgen en la regularización de los extranjeros inmigrantes que se hallan sin permisos o vulgarmente denominados “sin papeles”. Igualmente todos conocemos a aquellos inmigrantes que cuidan de nuestros hijos; o que son empleadas de nuestros hogares; o agradecemos a quienes atienden a nuestros abuelos y enfermos; o a aquellos que garantizan las labores del campo o el cuidado de los jardines públicos y privados (todos ellos con o sin contrato y “papeles”, ya que lo importante, para la sociedad de acogida, no es su situación sino su función de “resuelve problemas familiar”).

Esta situación de incertidumbre y de irregularidad ha generado problemas de orden público que forman parte de la crónica de sucesos diarios en los medios de comunicación y que se enfrentan a los postulados constitucionales que garantizan unos derechos mínimos entre los que destacaría el derecho a la dignidad como persona.

Como nacionales de un Estado social y democrático de Derecho donde se garantizan unos derechos y libertades fundamentales a TODOS, debemos posicionarnos ante esta nueva, y no querida, situación. En una sociedad como la nuestra donde la multiculturalidad es ya la tónica generalizada, están apareciendo dos tendencias individuales o colectivas que, aunque parezcan contradictorias no son excluyentes: y son la tolerancia y el fanatismo tanto en la sociedad de acogida como en los miembros de la inmigración llegada.

II. LA FRIALDAD DE LAS ESTADÍSTICAS

No va a ser el objeto de esta reflexión la vigente Ley Orgánica¹ ni el Reglamento de Extranjería de 2001, sino las consecuencias y contradicciones que se están planteando entre las normas, teóricamente implantadas; la política general, autonómica o local de inmigración y la práctica resultante.

Dos constataciones de fuente auténtica y oficial, referidas al antes y después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2000:

(1) Ley Orgánica 8/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LODYLE) y Reglamento 864/2001, de 21 de julio de 2001.

Un nuevo "status" de extranjero en España

A) Programa Greco

En el Programa GRECO², el Ministerio del Interior enumera unos interesantes datos estadísticos sobre el número y origen de los extranjeros e inmigrantes en España. Se señalaba, en dicho informe, que en 1981 el número de extranjeros residentes en España era de 198.042, de los que en 1999 se había pasado a la cifra de 801.329. Si prestamos atención y observamos el incremento en los dos últimos años examinados en el Programa, el aumento de residentes fue de 81.682, lo que supuso un 11,35% respecto del total de 1998. Es interesante leer dicho Programa GRECO por la información oficial que contiene, pero tiene utilidad si sólo se trata de un trabajo que yo denomino de lucimiento académico o propagandístico, ya que en realidad es un "*Código de obviedades*". Y tan solo sirve si se le considera documento de trabajo "mártir" para que TODOS los sectores de la Sociedad se incentivaran –como no sucedió– en la búsqueda de soluciones por desagradables y costosas que estas resultaren y no como lucimiento político-estadístico. Mi posicionamiento no es negativo, ya que este Programa de medidas que constituye el Programa GRECO es un ambicioso proyecto, que demuestra una nueva sensibilidad hacia el fenómeno migratorio –que aplaudimos– y que constituye una clara política de inmigración. Pero que desgraciadamente no ha resuelto los problemas detectados.

La extranjería y la emigración –lo he denunciado en múltiples ocasiones– ha sido objeto de debate político, de enfrentamiento partidista; pero no se ha llegado a un pacto de Estado o a un consenso político para encontrar vías razonables y difíciles de solución.

Para enmarcar las cifras y la magnitud del problema, debe señalarse, siguiendo las fuentes oficiales del Gobierno en el programa GRECO, que en 1999 la cantidad de 382.955 extranjeros fue la cifra a los que se aplicó el régimen general de extranjería, es decir, que eran nacionales de terceros países no comunitarios. Los extranjeros acogidos al régimen comunitario ascendían en el mismo período a 418.374 es decir que son nacionales de los Estados que pertenecen a la Unión Europea y al Espacio Económico Europeo, sus familiares o familiares de españoles.

Como era de prever durante los años 2000 y 2001 se ha incrementado enormemente la aparición de extranjeros en España (distingámoslo de "la entrada"), en especial nacionales de terceros países no comunitarios, fruto de las expectativas o "*efecto llamada*" como consecuencia del proceso de regularización iniciado en el 2000 a partir del Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero (BOE 19 de febrero de 2000). Las solicitudes presentadas en este proceso por los "*irregulares o sin papeles*" era la ingente cantidad de 246.089 personas, de los que se habían resuelto favorablemente únicamente 137.400 personas. Con posterioridad, el Ministerio del Interior ha dictado unas normas complementarias o "*regularización complementaria no extraordinaria*" que se aplicó a partir del 3 de marzo y hasta el 3 de junio de 2001, y del que resultaron, a la postre, un

(2) Programa GRECO "Programa global de regulación y coordinación de la extranjería y la Inmigración en España". Delegación del gobierno para la extranjería y la inmigración. Ministerio del Interior 2000.

reexamen de las solicitudes denegadas³. Los resultados reales han desbordado totalmente dichas previsiones.

B) Últimas estadísticas

En una reciente comparecencia en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, el 2 de octubre de 2001, el Delegado del Gobierno para la Extranjería e Inmigración declaró que durante el año 2001 se había duplicado el número de personas que han sido expulsadas o se les ha impedido o prohibido la entrada en territorio español y –contestando a don Carles Campuzano, Diputado de CiU–, que “Se han expulsado hasta ahora, redondeando cifras 1.500 personas, se han devuelto en torno a las 15.000 personas y se han rechazado en frontera en torno a las 5.000 de todas las nacionalidades como es lógico”⁴.

Previamente el propio Sr. Fernández Miranda ofreció unos datos que precisamente fundamentan el título de este artículo al decir: “En cuanto al Sr. Campuzano, me había solicitado, en primer lugar, el número de expulsiones de ciudadanos nigerianos que se habían dado desde 1996. En este año se dictaron 170 expulsiones a Nigeria y se ejecutaron 24; en 1977, 337 y se hicieron ciertas 14; en 1998, 317 y 34; en 1999, 439 y 100; en el año 2000, 275 y no fue posible ejecutar ninguna, y en el año 2000 (debe de ser un error de transcripción y se refiere a 2001) hasta julio han sido 266 las incoadas y 94 las ejecutadas”.

El hecho incontrovertible es que, en la actual y última regulación de extranjeros irregulares, hasta finales de octubre de 2001, se habían contabilizado oficialmente un número de 313.786 inmigrantes quienes habían solicitado permiso de residencia y de trabajo en España por motivos de arraigo (*El País* 4 de noviembre de 2001). Estas son, en definitiva, personas o extranjeros irregulares que vivían en España en precarias condiciones, con lo que el número de extranjeros “visibles” y los “invisibles o sin papeles” era de una magnitud que preocupa y ha de hacernos reflexionar acerca del destino de estos seres humanos inmigrantes. Finalmente (y según *La Vanguardia* de 18 de enero de 2002, p. 26), al menos 150.000 inmigrantes se quedarán “sin papeles” tras la regularización, pues de las 615.000 peticiones el Gobierno solo ha otorgado 334.882.

A pesar de no ser matemático cabe preguntarse como simple ciudadano ¿qué ha sido de los expulsados cuya orden no se ha llevado a cabo y de los irregulares no regularizados?

(3) El RD 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LODYLE de 2000, da por cerrados los procesos de regularización por las dos Leyes Orgánicas 4 y 8/2000. En la práctica y en enero de 2002 el proceso todavía no ha sido cerrado quedando el 18 de enero de 2002 más de 150.000 personas residiendo sin regularizar, además de las llegadas con posterioridad a iniciarse el proceso de regularización.

(4) *Diario de sesiones del Congreso de Diputados*, martes 2 de octubre de 2001, nº 314 sesión nº 32 Comisión de Justicia e Interior, p. 9843.

Un nuevo "status" de extranjero en España

I

III. EL NUEVO STATUS RESULTANTE: EXTRANJERO-INMIGRANTE, IRREGULAR, EMPADRONADO, RESIDENTE, TRABAJANDO SIN PERMISO NI AUTORIZACIÓN, Y CON ORDEN DE EXPULSIÓN FIRME.

Analizaremos muy someramente y sin excesivos tecnicismos esta delirante situación que se produce cada día, y que es de muy difícil solución pero que –aunque tiene tintes cómicos– la consideramos vergonzosa para la sociedad española.

Los 7 elementos característicos del nuevo *status* son:

1. *Extranjero*: Definición siempre negativa. Es extranjero quien no es nacional y es igualmente extranjero quien tenga otra nacionalidad o quien carezca de ella (apátrida); igualmente es extranjero si ostenta más de una nacionalidad (doble nacional) sea ciudadano de la Unión, o sea asilado o reconocida su situación de refugiado.

2. *Extranjero-inmigrante*: Es inmigrante el extranjero que, de forma temporal o permanente, pretende trabajar y vivir en un país de acogida.

Para trabajar y residir legalmente deben de obtenerse los preceptivos permisos de estancia, residencia y trabajo. Lo que los diferencia del genérico concepto de extranjero, es su condición de trabajador. Al inmigrante deben de aplicarse las medidas de integración para él y sus familiares y evitar así la marginación y la creación de guetos.

3. *Extranjero-inmigrante-irregular*: Es irregular el inmigrante que carece de los permisos preceptivos para residir o trabajar en España, todo ello con independencia del origen de su irregularidad administrativa. Ello significa que se puede ser irregular, entre otros supuestos por: a) Entrada ilegal; b) Irregularidad originaria y querida; c) Irregularidad sobrevenida por caducidad de los permisos inicialmente concedidos; d) Irregularidad por falta de diligencia de las autoridades encargadas de tramitar los "papeles" (o la renovación de permisos). Los ciudadanos de la Unión Europea, que gozan del derecho de libre circulación (art. 18, Tratado de la Comunidad Europea) difícilmente podrán ser irregulares.

4. *Extranjero-inmigrante-irregular-empadronado*: La Ley Orgánica 4/2000 e igualmente la Ley Orgánica 8/2000 que la reforma, siguiendo la legislación vigente en materia de Régimen Local, autoriza y obliga a que los extranjeros (regulares o irregulares) se empadronen en el Municipio donde se hallen viviendo o residiendo *de facto*. Figurar en el Padrón Municipal es una obligación en aplicación del art. 15 de la Ley de Bases de Régimen Local (Ley 4/1996) y a través de ello se otorga, a los extranjeros que cumplan esta obligación, el derecho a gozar del acceso a la Sanidad Pública que de otra forma podría serles vetado. Además la propia Administración incita y aconseja a estar empadronado, pues es una prueba irrefutable para poder obtener –a la corta o a la larga– la regularización en uno de los múltiples procesos ordinarios

o extraordinarios que se han sucedido en este país desde 1985 fecha de la primera Ley de Extranjería⁵.

Esta situación legal contrasta con la política pregonada por los máximos responsables españoles de extranjería e inmigración que en determinadas y reiteradas ocasiones han desaconsejado a los Ayuntamientos y a sus alcaldes que empadronen a los extranjeros no residentes legalmente⁶.

5. Extranjero-inmigrante-irregular-empadronado-residente: El término residente que aplicamos no tiene connotaciones jurídicas, sino que es una evidencia. Eran por ejemplo residentes *de facto* los más de 200 subsaharianos que vivieron en la céntrica Plaza de Catalunya de Barcelona durante más de un año (2000/2001), y que en el mes de agosto de 2001, fueron desalojados por la policía y que deambularon por Barcelona, en busca de una Administración que se declarara competente para atender sus problemas. Los encierros en las Iglesias, la existencia de extranjeros “invisibles” pero reales, son prueba de este *status* de residencia de hecho.

6. Extranjero-inmigrante-irregular-empadronado-residente-trabajador: Es evidente que una persona tiene unas necesidades existenciales que debe de satisfacer como es la de comer o intentar sobrevivir y para ello, o se obtiene el sustento a cambio de un salario (legal o ilegal); o se tiene fondos propios o patrimonio personal (es un supuesto muy hipotético para quienes han arribado a España huyendo del hambre y la miseria de su país de origen)⁷; o, se vive de la ayuda pública, de la mendicidad, o –desgraciadamente– se vive de la delincuencia callejera o engarzados en las redes de la delincuencia y tráfico ilegal de personas.

Es evidente que esta situación favorece el tráfico de mano de obra ilegal y la explotación. Para el gobierno y la propia ley este es uno de los objetivos de su política que realiza para castigar a los promotores de estas redes ilegales. Lo cierto es que el inmigrante irregular acepta situaciones

(5) En la LODYLE 4/2000, se creaba una insólita división o clasificación de las situaciones de los extranjeros que llegaba a ser realmente cómica, y así encontramos las siguientes posibilidades:

“Extranjeros residentes”, “Extranjeros irregulares”, “Extranjeros irregulares empadronados”, “Extranjeros trabajadores irregulares empadronados” y, según determinada terminología oficial, “Extranjeros ilegales”.

Los derechos concedidos por la LODYLE 4/2000 a los empadronados eran según el art. 12.1: asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles y en el art. 13: derecho a acceder al sistema de ayudas en materia de vivienda como los españoles. Cualquiera que sea la situación del extranjero concedía el derecho a los servicios y prestaciones sociales básicos.

(6) *El País* 18 de enero de 2001 “Enrique Fernández Miranda, Delegado del Gobierno para la inmigración: el delegado expuso ayer en Valencia ante 500 cargos municipales de su partido que «los Ayuntamientos tiene un papel clave para combatir la inmigración ilegal, ya que son los que se encargan del empadronamiento», QUE SOLO SE DEBE HACER A LOS INMIGRANTES CON PERMISO DE RESIDENCIA, Y LES PIDIÓ QUE «SE OLVIDEN DEL AFÁN DE EMPADRONAMIENTO POR CONSEGUIR MÁS AYUDAS, PORQUE ASÍ NOS HACEN UN FLACO FAVOR»...”.

(7) Pensemos que el viaje en patera constituye para muchas familias la inversión de todo un colectivo. Mientras nosotros invertimos en Planes de pensiones y Planes de Jubilación, muchas familias subsaharianas o magrebíes, invierten en el viaje de un familiar en patera. Es su posible futuro.

Un nuevo "status" de extranjero en España

de explotación por una doble finalidad: a) poder vivir; b) esperar una regularización futura y posible que le permita pasar de "invisible" a "irregularizable".

7. *Extranjero-inmigrante-irregular-empadronado-residente-trabajador-con orden de expulsión: At last but not least* (lo último pero no lo peor). Es una realidad cada día más frecuente –si nos atenemos a las estadísticas que he enumerado– la de aquellos extranjeros irregulares o con entrada ilegal que habiendo incurrido o cometido un ilícito administrativo, o haber realizado un ilícito penal, se ordena su expulsión tras tramitarse el correspondiente expediente de expulsión. Ahora bien, si la expulsión no se ha podido ejecutar por falta de medios o por resultar difícil de localizar el expulsado, este permanece en España y puede moverse libremente por Europa al no poder estar legalmente, ni recluido ni detenido.

Estos son los hechos y esta es la situación de muchos extranjeros que legalmente se encuentran en España.

IV. LA EJECUCIÓN DE LAS ÓRDENES DE EXPULSIÓN

Para corroborar lo anteriormente expuesto señalar someramente el porqué de esta situación, que parece sacada de una película de ficción.

Como bien señala la Circular 3/2001, de 21 de diciembre de 2001, del Ministerio Fiscal en materia de extranjería "... la expulsión del territorio nacional de los extranjeros sujetos a causa criminal puede llegar a enfrentar las exigencias de la política de extranjería con los fines de la política criminal creando un conflicto entre legítimos intereses del Estado en virtud de la preeminencia de la función jurídica sobre la actuación administrativa y de la posible afectación de derechos fundamentales..." (p. 22).

De hecho es muy frecuente que una vez finalizada la tramitación del expediente de expulsión, no pueda llevarse a efecto la misma por motivos materiales, o por falta de dotación presupuestaria para llevarla a efecto. Cabría en estos supuestos, para garantizar que la orden de expulsión y de prohibición de entrada en España, se pueda decretar, la medida excepcional de internamiento en centros no penitenciarios [art. 64 nº 1 de la LODYLE 8/2000; y arts. 100.2 y 127.2.d) del Reglamento de la LODYLE de 21 de julio de 2001].

Para que pueda procederse al internamiento decretado por el juez, deben darse los siguientes supuestos:

- 1) Resolución firme administrativa de expulsión.
- 2) Notificación de dicha resolución al extranjero.
- 3) Si la resolución recae en un procedimiento de los denominados preferentes lo más habitual sea que el extranjero esté ya "internado" por lo que la autoridad administrativa debe de solicitar

al juez que cese el internamiento y se le conduzca a la frontera, inmediatamente, para su expulsión (art. 63.4).

4) Pero si el expediente de expulsión no ha tenido el carácter de preferente o si un expulsable no está internado, se le fijará un plazo en el que el extranjero deberá de abandonar el territorio español, que en ningún caso será inferior a las 72 horas; en caso de incumplimiento voluntario, se le expulsará obligatoriamente previo –si es necesario– decretar el internamiento.

Hasta aquí la teoría, pero en la práctica todo es mucho más complejo por las siguientes razones:

a) Si no se cumple la orden de expulsión, voluntaria o forzosa de un extranjero, dentro del plazo, no puede ser internado por más de 40 días, ni pueden acumularse periodos sucesivos de 40 días.

b) No hay suficientes locales –no penitenciarios– para acoger, en condiciones, a los expulsados.

c) Excepcionalidad de la medida de internamiento: como tiene reiteradamente declarado el Tribunal Constitucional (en especial la Sentencia 115/1987, de 7 de julio, seguido por la 144/1990, de 26 de septiembre y la 182/1996, de 12 de diciembre), las medidas de internamiento gozan del principio de excepcionalidad jugando a su favor el principio de *favor libertatis* y el juez en todo caso deberá adoptar la medida siempre que la considere indispensable para el fin perseguido.

V. RESULTADO FINAL

Una vez transcurrido el plazo de internamiento si se hubiere decretado por el juez, atendido el *favor libertatis* y que sea proporcional al riesgo de huida del expulsado o, en cualquier caso y transcurridos los 40 días totales posibles de internamiento, el extranjero, necesariamente quedará en libertad y “legalmente” podrá vivir irregularmente a menos que se le incoe un nuevo expediente por causas no contempladas en el primer expediente, de darse dicho caso se puede solicitar un nuevo internamiento.

De hecho, quien tiene más riesgos de ser expulsado es el extranjero que 1) bien tenga medios para pagarse el viaje de expulsión o 2) sea ciudadano de uno de los países con los que España tiene acordado un procedimiento de retorno, no admisión o expulsión y estén dentro del cupo, es decir, hubiere dotación presupuestaria para ello. España tiene concertados distintos convenios con los Estados origen de la inmigración que regulan la expulsión, la devolución o el retorno (por ej: Nigeria, 19 de junio de 2001) y convenios que regulan los flujos migratorios con Perú, Ecuador, Marruecos y Polonia.

VI. CONCLUSIONES

Primera: La confrontación de las políticas de inmigración con la normativa vigente puede dar la paradoja de que un extranjero expulsado viva legalmente de forma irregular en España, traba-

Un nuevo "status" de extranjero en España

jando de forma no legal y estar empadronado en el municipio donde resida "de hecho", mientras no se ejecute la orden de expulsión.

Segunda: Cualquier persona que se halle en España de forma permanente (regular o irregularmente) tiene el derecho y la obligación de inscribirse en el padrón municipal del lugar en donde resida de forma regular, visible irregular o invisible.

Tercera: El internamiento de un extranjero durante la tramitación de un expediente de expulsión, o tras incumplir una orden de expulsión no puede exceder de 40 días y 40 noches. De no llevarse a cabo la expulsión el juez debe dejar sin efecto el internamiento.

Cuarta: Junto a las categorías o *status* previstos en la Ley y en el Reglamento de Extranjería de: transeúntes, extranjeros residentes, extranjeros regulares y extranjeros irregulares, se añade esta curiosa forma legal de "extranjero-inmigrante-irregular-empadronado-residente *de facto* -trabajando y con orden de expulsión firme. Es una situación transitoria y muy dura para quienes la sufren, pero como señalaban los espontáneos y muletillas en los toros "más cornadas da el hambre".

M^a LUISA TRINIDAD GARCÍA
Profesora Titular de Derecho
Internacional Privado
Universidad de Almería

II

Los inmigrantes irregulares en la Ley 4/2000 y en su reforma: una regularización que no cesa^(*)

SUMARIO

I. Los procesos generales de regularización previstos e “imprevistos”. A) El proceso general de regularización extraordinaria. B) El reexamen. C) La regularización de los encierros.

II. Análisis comparativo de la regularización permanente en la Ley 4/2000 y su reforma.

III. Conclusiones

IV. Bibliografía

I. LOS PROCESOS GENERALES DE REGULARIZACIÓN PREVISTOS E “IMPREVISTOS”

A) El proceso general de regularización extraordinaria

La Ley Orgánica 4/2000, contempló en su disposición transitoria primera el establecimiento de un proceso de regularización que permitiera normalizar la situación de todos aquellos extranjeros que se encontraran en España en situación irregular desde antes del 1 de junio de 1999, y hubieran solicitado en alguna ocasión permiso de trabajo o de residencia, o ambos al mismo tiempo, o hubieran sido titulares de alguno de esos permisos en los últimos tres años.

La regularización se desarrolló en el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, y fue completada con las Instrucciones sobre el procedimiento a seguir en la Resolución del Ministerio de la Presidencia de 20 de marzo de 2000. El comienzo del proceso fijado para el 21 de marzo de 2000, finalizaba cuatro meses después, en concreto, el 31 de julio. Durante ese período, se presentaron en todo el territorio nacional más de 240.000 solicitudes que rompieron todas las previsiones barajadas, y aun así, resultó ser insuficiente para acabar con la bolsa de indocumentados existente en nuestro país.

(*) Este trabajo forma parte de una de mis colaboraciones en el proyecto de investigación encargado por el Consejo Económico y Social de Andalucía a la Universidad de Almería denominado *Situación de la inmigración en Andalucía*. Ha sido dirigido por la profesora M^a del Mar Ruiz Castillo, Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y coordinado por el profesor Pablo Pumares y yo. Ha sido públicamente presentado el 30 de octubre de 2002 en Almería.

Con los procedimientos de este tipo, se trata de ajustar a derecho, de integrar en la normalidad legal, a aquellos extranjeros que, por una u otra razón, se hallan en situación de infracción del ordenamiento jurídico-administrativo que regula el régimen de extranjería. Para ello, se les documenta con un permiso de estancia o de residencia temporal y, en su caso, se les otorga una autorización para trabajar o permiso de trabajo.

Los Estados acometen estos procesos, porque les permite conocer mejor la cifra real de los inmigrantes que están en su territorio y, al tiempo, reducen situaciones de marginación de las que se alimenta la economía sumergida, la delincuencia, la xenofobia... Sin duda, igualmente, es una respuesta obligada por la gravedad que esa situación supone para miles de inmigrantes que tienen sus derechos del todo limitados con repercusión en las condiciones del mercado nacional de trabajo. Pero cada nueva regularización supone, de otra parte, el reconocimiento de un fracaso de la Administración. Se admite la incapacidad para canalizar los flujos migratorios adecuando la oferta y la demanda de trabajadores.

El sistema de fecha límite, (encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999) referido en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, ya fue empleado en la regularización de 1991, pero con la particularidad en la presente ocasión de que la fecha escogida quedaba significativamente distanciada del momento en que se iba a acometer la regularización (entre el día 21 de marzo y el 31 de julio de 2000).

Parece que con ello se pretendía evitar el temido “efecto llamada”, de manera que los recién llegados a España no pudieran acogerse a ese proceso extraordinario. Otros extranjeros irregulares que sí se encontraban en España desde antes del 1 de junio de 1999, se encontraron, en cambio, con el problema de que no podían acreditarlo documentalmente debido, precisamente, a su situación de irregularidad.

Con el requisito cumulativo de haber solicitado en alguna ocasión permiso de residencia o trabajo o haberlo tenido en los 3 últimos años, se conseguía, finalmente, circunscribir el ámbito de aplicación de la regularización.

En cuanto a la acreditación de los permisos de trabajo, aunque se refería también a los 3 últimos años, se puso como límite la fecha del 31 de marzo de 2000. Este hecho creó en un principio gran confusión entre los inmigrantes y los propios técnicos de la Administración, que carecían de la suficiente información sobre, precisamente, los requisitos necesarios para acceder al proceso. En Almería, en concreto, según la Letrada A. GARCÍA JUSTICIA, asesora jurídica del área de inmigración del Ayuntamiento de La Mojonera, no se sabía si tenían el mismo valor los resguardos de solicitud del contingente de años anteriores que la solicitud del permiso de trabajo y residencia. Al respecto, debe tenerse en cuenta, que en esta provincia –a diferencia de otras–, la solicitud del permiso de trabajo y residencia, se formalizaba con posterioridad a la obtención de una resolución favorable de aquél y del correspondiente visado expedido por las autoridades competentes. De este modo, los extranjeros que habían obtenido una resolución desestimatoria en el contingente, no formalizaban la solicitud de permiso de trabajo y sólo contaban como documento acreditativo con el resguardo de su oferta de empleo o contingente.

Los inmigrantes irregulares en la Ley 4/2000 y en su reforma

II

La regularización alcanzaba a otros grupos de extranjeros como:

- Los solicitantes de asilo cuya petición hubiera sido desestimada.
- Familiares de extranjeros indocumentados que fueran a acogerse al proceso de regularización.
- Familiares de residentes extranjeros o de españoles.

Veamos con detenimiento los requisitos exigidos:

Encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999 y haber permanecido de forma continuada en dicha situación.

Los problemas principales que plantea este doble requerimiento se centran en el hecho, de un lado, de conseguir la prueba documental de la estancia y permanencia en el caso de personas que, precisamente, procuran pasar desapercibidas por su temor a la expulsión y, de otro, en el desconocimiento de la incidencia que podían tener las salidas del territorio nacional para no afectar el criterio de la continuidad.

Las dudas surgidas al respecto, forzaron a la Administración a adoptar una posición flexible, optando por estudiar la situación concreta del extranjero en función de dos criterios: a) El motivo por el cual el extranjero había estado fuera de España y b) Que, con independencia del motivo, el tiempo nunca fuera superior a 6 meses.

En cuanto a los documentos considerados con valor probatorio, se estableció una lista abierta en las Instrucciones sobre el procedimiento de regularización al que antes nos hemos referido. En la medida, no obstante, en que el examen es individualizado y la Administración los valora de forma discrecional, el grado de inseguridad jurídica es notable. Sirva como ejemplo la situación insólita que se produjo en relación con extranjeros que presentaron su solicitud de regularización en dos provincias diferentes, con la misma documentación, y en una obtuvieron una resolución favorable mientras que en la otra fue desestimada.

La prueba documental, *de facto*, es siempre el requisito que presenta mayor dificultad para los inmigrantes irregulares porque carecen de contacto con registros oficiales u otros órganos administrativos. Una consecuencia grave de esa situación, ha sido –y sigue siendo– la comisión de los delitos de estafa y falsificación como los que se descubren en Almería a finales de septiembre de 2001.

Haber sido titulares de un permiso de trabajo y residencia o de un permiso de residencia en algún momento en los 3 años anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000 (el 31 de enero de 2000) o bien haber solicitado el permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en alguna ocasión antes del día 31 de marzo de 2000 inclusive.

Este segundo requisito comprende dos supuestos:

a) Aquellos ciudadanos que han sido titulares de algún permiso de trabajo y residencia o de residencia en los últimos 3 años anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, es decir, desde el 1 de febrero de 1997 al 31 de enero de 2000.

b) Aquellos ciudadanos que han solicitado un permiso de trabajo y residencia o de residencia en alguna ocasión hasta el día 31 de marzo de 2000.

No estar incurso en alguna de las causas de expulsión que se establecen en los artículos 49.g) y 50 de la Ley Orgánica 4/2000, ni haber sido acordada su expulsión con anterioridad por alguna de estas causas sobre la base de la Ley Orgánica 7/1985 y su Reglamento de ejecución y no tener prohibida la entrada en territorio español, salvo que la expulsión hubiese prescrito; ni tener proceso judicial penal en curso, salvo que el interesado acredite el archivo definitivo de la causa judicial o el sobreseimiento libre de las actuaciones.

Todas las actuaciones pertinentes para dar cumplimiento a este requisito se llevan a cabo con comprobaciones de oficio por la Administración y con carácter previo a la autorización de residencia. Sin duda, es uno de los presupuestos que va a dejar fuera del proceso a un significativo número de extranjeros, pues, aunque las causas de expulsión que excluyen de la regularización se restringen a las del apartado g) del art. 49 y las del art. 50, se puede producir una extensión a todas las causas, –salvo prescripción– en la medida en que también se alude al hecho de “no tener prohibida la entrada en territorio español” y, como sabemos, *toda* expulsión lleva consigo la prohibición de entrada.

Estaban legitimados para presentar las solicitudes de regularización, los propios extranjeros en situación irregular o sus representantes. En este caso había que acreditar, adicionalmente, que el extranjero se encontraba en España a fin de evitar la regularización de extranjeros que cumpliendo los requisitos hubieran abandonado el territorio nacional.

En general, lo que más preocupa de estos procesos es la falta de seguridad jurídica dado el amplio margen de discrecionalidad con el que actúa la Administración. De hecho, es muy revelador que las personas que han asesorado a los inmigrantes en su solicitud, como es el caso de la Letrada A. GARCÍA JUSTICIA, nos revele que los documentos han variado de valor según la fase en la que el procedimiento se encontraba y el supuesto de regularización que se siguiera.

El Real Decreto 239/2000, también se ocupó de los solicitantes de asilo. En su art. 1.2 se establece que los extranjeros que hubieran formalizado una solicitud de asilo hasta el día 1 de febrero de 2000 (fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000), podrán ser documentados con un permiso de trabajo y/o residencia estando su petición en trámite o, inclusive, si hubiera sido desestimada siempre que reúnan los requisitos de:

- Encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999.
- No estar incurso en causa de expulsión prevista en el art. 1.13 del Real Decreto 239/2000.

También ha sido posible acogerse a la regularización por reagrupación familiar tras demostrar el grado de parentesco exigido, bien, respecto de los solicitantes de regularización, bien, de extranjeros residentes legalmente en España o de residentes comunitarios. Los familiares de españoles que escapan del ámbito de aplicación del RD 766/1992, de 26 de junio, han podido ser documentados por razones humanitarias.

Esta regularización extraordinaria, también ha supuesto importantes mejoras para los extranjeros que estaban en situación regular en tanto que sus permisos se podían renovar obteniendo el tipo más favorable de los previstos en un proceso ordinario. Este hecho, que favorece la movilidad y el desarrollo profesional de los inmigrantes, tuvo, en cambio, una repercusión negativa inmediata en el sector agrícola almeriense, que se quedó en plena campaña sin mano de obra regular. De este modo, se justificó el recurso a la clandestina, con la complicidad generalizada de los distintos agentes sociales y algunas significadas autoridades locales. Puede recordarse, al respecto, las declaraciones del Subdelegado del Gobierno en Almería pidiendo un aplazamiento en la puesta en marcha del incremento de las inspecciones, –anunciado en ese momento por el propio Gobierno– hasta que la campaña agrícola almeriense de ese año hubiera concluido.

De ello, algunas conclusiones se desprenden de manera evidente: no hubo previsibilidad sobre las diversas consecuencias que esa medida podía producir; las duras condiciones laborales del sector favorecen la “diáspora” de los trabajadores; y, desde luego, el miedo a la pérdida de beneficios económicos en el principal sector de la economía local, generaliza, en un momento dado, la justificación del recurso a la mano de obra irregular.

B) El reexamen

Con motivo de la reforma de la Ley 4/2000, los diferentes Grupos Parlamentarios en el Congreso presionaron al Gobierno para que introdujese una disposición transitoria que permitiera revisar de oficio, sin necesidad de presentar nueva documentación, muchos de los expedientes de regularización que en el proceso inicial habían sido rechazados. El Gobierno, tras rechazar el Pleno del Congreso de los Diputados todas las Proposiciones no de Ley presentadas al efecto por los diferentes Grupos Parlamentarios, terminó por incluir la referencia a un reexamen en la disposición transitoria cuarta de la Ley reformada. Con esta regularización “de oficio”, se inauguraba un nuevo proceso extraordinario de regularización que, desde luego, el ejecutivo no tenía inicialmente previsto y al que opuso una considerable resistencia.

Conforme al tenor literal de aquella disposición:

“El Gobierno, mediante Real Decreto, establecerá los requisitos que permitan, sin necesidad de presentar nueva documentación, la regularización de los extranjeros que se encuentren en España y *que habiendo presentado solicitud de regularización* al amparo de lo previsto en el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, hayan visto denegada la misma, exclusivamente, por no cumplir el requisito de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999” (la cursiva es nuestra).

El desarrollo de esta disposición transitoria cuarta se produce mediante el Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero, cuya publicación en el BOE tuvo lugar cuatro días después.

Según las cifras manejadas en ese momento, el número de inmigrantes afectados rondaría los 60.000. De esta revisión de oficio no se pudieron beneficiar:

- Los extranjeros que a pesar de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999, carecían de pruebas que lo certificaran –tal como exigía el Real Decreto 239/2000– y, por tanto, desistieron de presentar la solicitud de regularización y ésta, como vemos, se incluyó en el reexamen como requisito imprescindible.

- Aquellos extranjeros que pese a encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999 y tener pruebas fehacientes que lo demostraban, no pudieron presentar la solicitud de permiso de trabajo o residencia antes del 31 de marzo de 2000, por no tener pasaporte o porque, sencillamente, desconocían la exigencia de este requisito.

Por el contrario, la revisión de oficio puede haber favorecido –quizás injustamente frente a aquellos–, a los que llegaron en fecha posterior al 1 de junio de 1999, pero presentaron la solicitud de permiso de trabajo y residencia antes del 31 de marzo, y la de regularización antes del 31 de julio de 2000.

Del proceso quedaban excluidas las personas a las que les hubiera sido denegada la regularización por causa distinta de la de no haber podido acreditar que estaban en España antes del 1 de junio de 1999, y las que, aun estando aquí antes de esa fecha, no hubieran presentado solicitud de regularización. Asimismo, quedaban fuera las que no hubieran presentado solicitud de permiso de trabajo antes del 31 de marzo de 2001 y las que hubieran llegado posteriormente al 31 de julio de 2000.

Los órganos administrativos competentes en virtud de lo dispuesto en el art. 4 del Real Decreto 239/2000, debían proceder de oficio a reexaminar todas aquellas solicitudes que se hubieran denegado o estuvieren en trámite de serlo por incumplimiento del requisito de estancia antes del 1 de junio de 1999. Con carácter excepcional, podían requerir al interesado la aportación de la documentación que fuera imprescindible para la verificación de algún extremo referido en la norma.

C) La regularización de los encierros

Coincidiendo cronológicamente con la iniciativa descrita, se suceden distintos encierros protagonizados por los inmigrantes que recelan del alcance o posibilidades de ver su caso atendido con el reexamen. Dichos encierros (Barcelona, Valencia, Murcia, Almería...), han sido una medida de presión utilizada frente al Gobierno, con la que se consiguió obtener unos Acuerdos que parten del redactado en Barcelona y se reproducen en términos casi idénticos.

El Gobierno terminaba reconociendo a esos “inexistentes”, y hacía nuevas concesiones. Los extranjeros que se encontraran en España antes del 23 de enero de 2001 (fecha de entrada en

Los inmigrantes irregulares en la Ley 4/2000 y en su reforma

II

vigor de la Ley 8/2000), podían acogerse a la obtención de un permiso de estancia por motivos humanitarios o de arraigo. Y si presentaban una oferta de empleo, a un permiso de trabajo y de residencia inicial, que incluía la exención de visado.

Hay que resaltar que en el Acuerdo de Barcelona se dan las dos opciones. En su punto 4, de hecho, se puede leer que:

“Los trabajadores inmigrantes sin documentación, es decir, que no hubiesen presentado solicitud de Regularización 2000, o que la misma les fuere definitivamente denegada, siempre y cuando estuviesen en España antes del día 23 de enero de 2001, podrán solicitar o bien una autorización de residencia al amparo de lo previsto en el artículo 31.4 de la Ley Orgánica por motivos humanitarios, excepcionales o de arraigo, que la administración se compromete a interpretar con la máxima amplitud; o bien una solicitud de permiso de residencia ordinario, con autorización para trabajar, si cuentan con una oferta de trabajo. Dichas solicitudes podrán solicitarse de forma conjunta.”

Pero estas condiciones, no se exigieron por igual en las distintas ciudades en que se produjeron los encierros, como lo demuestra el hecho de que en Almería, por ejemplo, sólo se podía acceder a la regularización por el concepto de arraigo si, al tiempo, existía una oferta de empleo.

Por su parte, en la Nota Informativa emitida por la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, los requisitos específicos de este nuevo y singular proceso extraordinario, sólo hablan de la acreditación de encontrarse en España antes del 23 de enero de 2001 (fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2000) y del arraigo en nuestro país. A tales efectos, se tomaría en consideración la incorporación real o potencial al mercado de trabajo, la anterior residencia regular en España, y la existencia de vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles.

Entre las ventajas derivadas de este nuevo proceso, se debe señalar la de que no se tiene que solicitar visado y la concesión de la autorización para trabajar, se hará sin considerar la situación nacional de empleo, aunque, en todo caso, dicha autorización coincidirá con la provincia de residencia del solicitante, debiendo limitarse en el ámbito funcional a una actividad concreta.

II. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA REGULARIZACIÓN PERMANENTE EN LA LEY 4/2000 Y SU REFORMA

En este apartado vamos a hacer un análisis del tenor de los preceptos que contemplan regularizaciones al margen de situaciones coyunturales o extraordinarias. En la medida en que se asume como cuestión estructural que en las sociedades de acogida de inmigrantes, –no entramos ahora en otras valoraciones– existen, –o se forman– bolsas de irregulares que, mayoritariamente, son trabajadores de hecho, se procura introducir una suerte de “válvulas de regularidad”, a través de las cuales un determinado número de inmigrantes puede ir saliendo de esa marginalidad legal.

La cuestión más delicada estriba en lograr el justo equilibrio que impida que las condiciones retenidas para lograrlo, se conviertan en sí mismas en una nueva barrera jurídica, o disuadan al inmigrante de acceder al territorio de un Estado conforme a la legalidad establecida. Aunque, a este respecto, es importante evitar que el tratamiento de las regularizaciones permanentes sea esgrimido como factor de un “efecto llamada”. El día a día de los movimientos migratorios, demuestra que los intentos por entrar a un país de manera irregular, se producen, mayoritariamente, por personas que ignoran completamente qué dice el ordenamiento jurídico sobre esa posibilidad. La legislación de extranjería, debe tener previstos los mecanismos para resolver los diferentes casos según proceda. **Devolver, expulsar, favorecer el retorno voluntario o regularizar** deben ser opciones tan legítimas como precisas, cada una de ellas, para dar salida a las diversas situaciones que la migración presenta en la actualidad. Nuestro análisis, ahora, se va a centrar en el tenor de los preceptos que se han ocupado de esta figura tanto en la Ley 4/2000 como en su reforma.

– Art. 25 de la Ley 4/2000.

“El visado será expedido por las misiones diplomáticas y oficinas consulares de España y excepcionalmente por motivos humanitarios, de colaboración con la Justicia o de atención sanitaria, podrá eximirse por el Ministerio del Interior de la obligación de obtener el visado a los extranjeros que se encuentren en territorio español y cumplen los requisitos para obtener un permiso de residencia” (las cursivas son nuestras).

El supuesto descrito en el precepto, ha cambiado su ubicación sistemática respecto a la Ley vigente y ha restringido el ámbito de aplicación, pues, en su actual redacción no se contempla el caso de la asistencia sanitaria. La exención de visado se encuadra en el tenor del apartado 7 del art. 31 de la LOEXIS, que regula la residencia temporal.

– Art. 29.3 de la Ley 4/2000.

Entre los supuestos considerados como situaciones que daban la oportunidad de obtener una residencia temporal, con independencia de la condición de regularidad administrativa, el art. 29.3 señalaba:

“Igualmente podrá acceder a la situación de residencia temporal el extranjero que acredite una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español, figure empadronado en un municipio en el momento en que formule la petición y cuente con medios económicos para atender a su subsistencia.”

En estrecha relación con ello, entre los supuestos de permisos especiales descritos en la Ley, antes de su reforma, el art. 36.1 recogía el *derecho* a tener un permiso de trabajo para los que hubieran obtenido el de residencia temporal conforme al art. 29.3. Llama la atención que no se aludiera a la necesidad de contar previamente con una oferta de empleo, si bien es lógico pensar que la oferta tenía que existir para generar el derecho a la obtención del permiso de trabajo.

Este era el único supuesto de tales características contemplado en la Ley 4/2000, conocido como “regularización automática”, que recibió severas críticas por parte del Gobierno. En particular, se era bastante reacio a que el empadronamiento pudiera ser utilizado como presupuesto pro-

batorio de la estancia en España y, de hecho, su mención ha desaparecido y, por otro lado, por considerarse causante del famoso “efecto llamada”.

En la redacción actual, se han diversificado los supuestos susceptibles de funcionar, si no como regularización “automática”, sí como mecanismo permanente de regularización. Así, los apartados 31.3 y 31.4 de la LOEXIS lo contemplan, bien, para inmigrantes cuya situación irregular es sobrevenida al no haber podido renovar un permiso anterior, bien, con independencia de toda consideración administrativa, cuando hayan permanecido en España durante cinco años.

De otra parte, también se contempla la posibilidad de obtener un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo. Incluso podríamos hablar de otro supuesto en el antes aludido apartado 7 del art. 31, referido a los casos en que haya colaboración con la justicia. Este supuesto se contempla, junto a los motivos humanitarios, como causas excepcionales para obtener una exención del visado. Aunque no está claro el alcance que tiene dicha exención y cuándo se puede obtener, puesto que el precepto lo liga a que la persona en cuestión cumpla los requisitos para obtener un permiso de residencia, y éstos son diferentes según qué apartados del art. 31 consideremos.

Tampoco sabemos si puede influir a la hora de considerar con más o menos rigor la existencia de “razones humanitarias”, para obtener un permiso de residencia (apartado 4), o los “motivos humanitarios” (apartado 7) para la exención de visado, en la medida en que sólo en este segundo caso el legislador menciona la *excepcionalidad* de la medida. De otra parte, la lectura del art. 41.2.b), c), d) y 3 del REXIS en relación con el art. 46, permite encontrar otros motivos excepcionales para la exención de visado, como más adelante veremos.

Mayor calado tiene el que en la redacción de dicho apartado 4, las razones humanitarias, las circunstancias excepcionales, y el arraigo, parece que aluden a situaciones susceptibles, cada una de ellas, de dar paso a una residencia temporal. Sin embargo, cuando se ha llevado a cabo el desarrollo reglamentario, las circunstancias excepcionales no existen como tales, sino que su referencia sirve para calificar de “excepcional” la aplicación de los casos que se consideran como razones humanitarias o de arraigo. Lo cual, entendemos, es una extralimitación del reglamento que cercena el mayor alcance interpretativo que tiene el tenor de la Ley.

Veamos los preceptos:

– Art. 31.3 de la LOEXIS.

“La Administración podrá conceder el permiso de residencia temporal a los extranjeros que en su momento hubieran obtenido tal permiso y no lo hubieran podido renovar, *(o sea, son extranjeros que se encuentran en España en situación administrativa irregular sobrevenida y, por tanto, susceptibles también de ser objeto de un expediente de expulsión)* así como a aquéllos que acrediten una permanencia en territorio español durante un período mínimo de cinco años. Reglamentariamente se determinarán los requisitos para acceder a la residencia temporal por esta vía, en especial por lo que se refiere a la justificación de medios económicos de subsistencia, y permanencia de forma continuada en el territorio español” (la cursiva es nuestra).

– Art. 31.4 de la LOEXIS.

“Podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren *razones humanitarias, circunstancias excepcionales* o cuando se acredite una situación de *arraigo*, en los supuestos previstos reglamentariamente” (las cursivas son nuestras).

Hay que acudir, pues, al desarrollo reglamentario:

– Art. 41.2.b), c), d) y 41.3 del REXIS.

De su extenso contenido, vamos a reproducir los párrafos que entendemos desarrollan las vías permanentes de regularización. De este modo, la selección nos lleva a los apartados b), c) y d), del art. 41.2 y a su apartado 3.

El permiso de residencia temporal podrá concederse a los extranjeros *que se encuentren en España y se hallen en los siguientes supuestos*:

Los que hubiesen tenido tal permiso y no lo hubieran podido renovar habiendo permanecido de forma continuada en territorio español sin permiso de residencia durante dos años anteriores.

El supuesto descrito plantea la interrogante de la incidencia que sobre esta posibilidad tiene la advertencia de salida obligatoria que acompaña a toda resolución denegatoria de una renovación. ¿Va la Administración a “redimir” del incumplimiento de la propia imposición que ella misma ha establecido? La respuesta sólo puede ser afirmativa porque si no no tendría sentido el precepto. De otra parte, el cómputo de los dos años se supone que hay que establecerlo respecto al momento de presentación de la solicitud de regularización.

Los que acrediten una permanencia continuada, *sin permiso de residencia*, en territorio español durante un período mínimo de cinco años.

La referencia a la falta de permiso de residencia, nos hace pensar fundamentalmente en los trabajadores de hecho. Se trata, sin duda, de una regularización de difícil acceso para los extranjeros indocumentados porque necesitan permanecer de forma continuada en España en situación irregular durante 5 años y el régimen sancionador que prevé la nueva legislación de extranjería, permite sancionar la estancia irregular en España, con la expulsión y prohibición de entrada por un mínimo de 3 años y un máximo de 10. Para evitar, por tanto, dicha sanción no van a entrar en contacto con registros públicos u otros organismos oficiales que es lo que, después, podría facilitarles la prueba de esa permanencia.

Es importante observar también que se elimina la concesión automática del permiso de trabajo a los extranjeros que consigan su permiso de residencia tras esos 5 años ininterrumpidos de permanencia en España, si bien, para la obtención, no se les va a aplicar el filtro de la situación

Los inmigrantes irregulares en la Ley 4/2000 y en su reforma

II

nacional de empleo. Cuando en ese mismo período de permanencia, la situación administrativa ha sido regular, se tiene derecho a un permiso permanente en el que se igualan las condiciones de acceso al mercado laboral con nacionales y comunitarios. Aquí, sólo conseguimos el acceso al permiso temporal b) inicial por un año, por lo que se amplía hasta 10 el número de años precisos para obtener uno permanente, y ello siempre que se consigan las sucesivas renovaciones.

Es probable, que para conceder la regularización por esta vía, la Administración pretenda que se cumplan las condiciones genéricas previstas en el apartado a) del art. 41.2. Deducimos esa posibilidad en la medida en que el desarrollo reglamentario adolece de una correspondencia precisa con los distintos supuestos contemplados en la Ley. No obstante, parece que carecería de proporcionalidad el que se exija lo mismo en el procedimiento ordinario que en circunstancias particulares o extraordinarias. De otra parte, preocupa la ausencia de atención en la regulación a los medios de prueba que pueden servir para acreditar la permanencia continuada, con lo que se favorece la casuística en la actuación de la Administración.

Mayor certeza y seguridad jurídica se tendría sobre el procedimiento, si el propio reglamento hubiera incluido las oportunas referencias al respecto. Por el contrario, las apreciaciones, valoración e interpretación que vaya a efectuar aquélla, se seguirán produciendo por circulares internas que no siempre se aplican de manera uniforme por los funcionarios o encargados de las diferentes dependencias que gestionan la materia.

En los procedimientos ordinarios, entre las condiciones para obtener el permiso de residencia temporal, hay que acreditar:

“... disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar a que se refiere el artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, o sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar según el apartado 4 de este artículo” [art. 41.2.a)].

Otras condiciones genéricas decisivas son las del apartado 5 del art. 31 de la LOEXIS:

“Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.”

Los que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años y en los que concurra una *situación excepcional y acreditada de arraigo*, considerando como tal la incorporación real al mercado de trabajo y los vínculos familiares con extranjeros residentes o españoles.

Sobre este supuesto, la consideración que nos parece más evidente es que los elementos de concreción sobre los conceptos jurídicos indeterminados –*situación excepcional y arraigo*– a través de la incorporación al mercado real de trabajo y los vínculos familiares con extranjeros residentes o españoles, son presunciones *iuris et de iure*, que no deben descartar otras hipótesis como, por ejemplo, la convivencia de hecho cuando la jurisprudencia así lo establezca.

Por último, el apartado 3 del art. 41 viene a desarrollar las circunstancias excepcionales mencionadas en la LOEXIS, que, como se ve, se solapan, funden y confunden con el concepto “razones humanitarias”. Separado en cuatro subapartados, se describen como circunstancias excepcionales por las que se concederá un permiso de residencia temporal las que concurren en:

- desplazados,
- rechazados como solicitantes de asilo por razones humanitarias explicitadas,
- razones humanitarias tales como ser víctimas de conductas tipificadas como delitos racistas o xenófobos,
- personas que colaboren con las autoridades administrativas y judiciales españolas, o en las que concurren razones de interés nacional o seguridad nacional.

III. CONCLUSIONES

1. La regularización extraordinaria acometida en el año 2000 con motivo de la entrada en vigor de la Ley 4/2000, se reveló en muy buena medida insuficiente para permitir el acceso a una situación de legalidad a los extranjeros que estaban detrás de las 240.000 solicitudes presentadas.
2. La puesta en práctica del procedimiento establecido, reveló las fatales consecuencias que puede llegar a provocar la ausencia de una adecuada previsión. De esta manera, se sabe que una vez iniciado el proceso, el personal de las Subdelegaciones y Oficinas de Extranjeros no contó con criterios interpretativos claros. Las primeras consultas para recabar información en estas dependencias se atajan con más voluntarismo que conocimiento preciso.
3. Al regularse un procedimiento de base principalmente documental y estando dirigido a personas que por su propia condición de irregulares han debido pasar totalmente desapercibidas (sin contacto con registros oficiales u organismos públicos), por su miedo a ser expulsadas, se genera una cultura de la manipulación y de mercadeo de “papeles”, en la que abunda la presunta comisión de delitos de estafa y falsedad de documentos, extorsiones, chantajes, etcétera.
4. Aunque el propósito debe ser el de alcanzar al mayor número de personas, lo cierto es que la deficiente información –más acusadamente en los momentos iniciales–, llevó a algunas personas a dejar de presentar su solicitud de regularización al ver que no cumplían todos los requisitos. En la “repesca”, sin embargo, se vieron sorprendidos al contemplar que el resguardo de haber presentado la solicitud en el proceso de la Ley 4/2000 era requisito imprescindible.

Los inmigrantes irregulares en la Ley 4/2000 y en su reforma

II

5. La falta de reflejos del Gobierno y una actitud empecinada de firmeza negando nuevos procesos al término del iniciado con la entrada en vigor de la Ley 4/2000, provoca el comienzo de movilizaciones con las que se consigue introducir la revisión de oficio de los expedientes denegados por no poder acreditar la estancia en España antes del 1 de junio de 1999 al reformarse la Ley 4/2000. Este proceso, no obstante, siguió dejando fuera a un significativo número de extranjeros que seguía entre nosotros.

6. La posición menos airosa para el Gobierno se produce al tener que claudicar con motivo de los encierros y huelgas de hambre haciendo concesiones a través de Acuerdos, pero sin querer reconocer que se abría un nuevo proceso de regularización. Se rechazan todas las Proposiciones no de Ley presentadas por los distintos Grupos Parlamentarios sobre una regularización urgente, y se recurre a la base jurídica del art. 31.4 de la LOEXIS, aplicando de forma generalizada un precepto que no nace con vocación de ser un expediente para ese tipo de regularizaciones.

7. Entre los compromisos recogidos en el Acuerdo de Barcelona y lo finalmente aplicado en la práctica hay un considerable recorte. El Gobierno, mediante Nota Informativa emitida por la Delegación de Extranjería e Inmigración, circunscribe las posibilidades al arraigo y éste se identifica con el hecho de tener una oferta de trabajo.

8. Los tres procesos se distinguen por considerables dosis de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, falta de criterio unívoco y bastante improvisación, poniendo de relieve una notable falta de seguridad jurídica. Y ello, a pesar de que se constituyeron grupos de trabajo provinciales integrados por representantes de las áreas funcionales de los distintos departamentos competentes, que mantuvieron reuniones informativas periódicas en el transcurso de todo el proceso de regularización, y remitieron a los centros directivos de los Ministerios competentes los correspondientes informes.

Tal vez, la conclusión más obvia es que el Gobierno ha llevado a cabo estos procesos sin excesiva convicción sobre su oportunidad y sin saber hasta dónde quería llegar. De ahí las declaraciones tajantes negando nuevas regularizaciones con cesiones en el último momento –aunque con concreciones que reducían el alcance de lo que se transmitía como compromisos políticos–, que dejan una sensación de falta de planificación, gran opacidad y ausencia de directrices claras con las que abordar esta cuestión a corto, medio y largo plazo.

9. Las previsiones vigentes sobre las posibilidades de acceder a un permiso de residencia temporal por razones humanitarias, circunstancias excepcionales y arraigo tienen un desarrollo reglamentario en el que las circunstancias excepcionales se solapan con las razones humanitarias y la excepcionalidad preside la aplicación de todo el precepto. Todo ello, paradójicamente, muy lejos de la utilización forzada que ha hecho el Gobierno con motivo de los encierros.

10. Los supuestos previstos en el art. 31.3 de la LOEXIS para acceder a una situación de regularidad con períodos que alcanzan hasta los cinco años de permanencia previa de forma irregular en nuestro país, –unido al mecanismo de expulsión– provocan un resultado perverso en cuanto “condena” al inmigrante a mantenerse en la más absoluta clandestinidad y marginalidad durante ese largo plazo.

11. Todas las variantes que, en teoría, resultan para regularizar la permanencia de inmigrantes irregulares, –que serán, fundamentalmente, trabajadores de hecho– previstos en la Ley (art. 31.3 y 4) y desarrollados en el Reglamento [art. 41.2.b), c), d) y 3], contrasta con las severas críticas que mereció del Ejecutivo el derogado art. 29.3 de la Ley 4/2000. Sin embargo, en la práctica, va a ser más difícil conseguir la regularización conforme a la regulación vigente, porque, de un lado, falta una correspondencia precisa entre los supuestos de la Ley y el desarrollo reglamentario. De otro, falta la indicación positiva de los elementos que demuestran la continuidad de la permanencia; se pierde seguridad jurídica; se depende en exceso del mejor o peor criterio discrecional que quiera tener la Administración y, por tanto, finalmente, se abona el campo para un recurso constante a los tribunales de justicia.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BRUYCKER, PH.: *Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union Européenne*, Collection de la Faculté de Droit d l'Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 2000.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “Art. 31. Situación de residencia temporal” en MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dir.): *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001, pp. 487-502.

PICO LORENZO, C.: “Nuestra errática normativa sobre extranjería. Especial referencia a las regularizaciones y al arraigo”, *Jueces para la Democracia*, 43, marzo/2002, pp. 62-71.

PUERTA VÍLCHEZ, J.M.: “La regularización de extranjeros” en MOYA ESCUDERO, M. (coord.): *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001, pp. 391-424.

JESÚS GARCÍA VARELA
Abogado.
Asesor del Grupo Mixto del Consell Insular de Ibiza
y Formentera

III

Políticas de inmigración en la Unión Europea: Rotterdam y Estocolmo

La necesidad de una política europea común sobre cuestiones de asilo e inmigración se viene afirmando con insistencia desde la reunión del Consejo Europeo de Tampere en octubre de 1999 pero todavía no se ha llegado más que a declaraciones de intención sin resultados concretos¹. Los sucesos del 11 de septiembre con la oleada de miedo y xenofobia que se ha desatado han marginado de momento avances en este campo subrayándose en cambio los aspectos más represivos del control de fronteras o la lucha contra el terrorismo. El inmigrante puede ser visto como sospechoso, y más si es musulmán. El ciudadano medio no distingue entre fundamentalismos fanáticos o religiones milenarias, y es presa, la mayor parte de las veces, de los mecanismos de propaganda que se le lanzan desde los medios de comunicación o que se utilizan por algunos responsables políticos, valga la redundancia, “irresponsables”.

La política europea de inmigración quería partir desde 1999 del hecho de que las presiones migratorias van a continuar en los próximos años y de que una inmigración ordenada puede ser beneficiosa. Los tipos de inmigración que se consideran son por motivos humanitarios, reunificación familiar y económicos. Los ejes de atención son: las condiciones sociales para los inmigrantes, la actitud de la población que los acoge y la presentación por parte de los líderes políticos de los beneficios que aportan la diversidad y el pluralismo. Otros puntos a tener en cuenta son la lucha contra la inmigración ilegal, la relación entre la UE y los países de origen y de paso de inmigrantes, la política de asilo y la política de integración. Las causas de la necesidad de una política comunitaria de inmigración son: la disminución de la población europea, la reducción de la mano de obra en algunos sectores económicos, la existencia de una creciente inmigración ilegal y la lucha contra el tráfico de personas.

Sólo en los momentos de crisis se conoce el verdadero valor de una persona. Una persona noble reacciona con serenidad y es capaz de actos generosos. Del mismo modo ocurre en las sociedades. Ante la inmigración se puede reaccionar con calma, con objetividad, o con histerismo. El fenómeno de la inmigración tiene que entenderse en el contexto de la gran crisis ideológica social de los últimos dos siglos, es decir, a una escala planetaria. Es el contexto de la destrucción del equilibrio ecológico, la imposición del modelo de vida occidental, la corrupción y decaden-

(1) Los dos documentos principales de la Comisión Europea en materia de inmigración son la COM (2000) 757, *Sobre una política comunitaria de migración* y la COM (2001) 387, relativa a un *Método abierto de coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración*. Vid. asimismo el artículo de Claudia FARIA y Laura COORADO: “Vers une politique européenne commune en matière d’asile et de migration” en *Eipascope*, 2001/2, pp. 2-15.

cia de las sociedades tradicionales, la pérdida de unos valores morales, en suma la sustitución del cosmos, en su sentido literal de orden, por el caos.

Siempre ha habido migraciones. Siempre han existido pueblos nómadas o coexistencia de diferentes culturas. Un ejemplo positivo de una convivencia de culturas distintas fue la experiencia, durante varios siglos, de la sociedad de Al Andalus, donde vivieron en una relativa armonía, la cultura musulmana, la hebraica y la cristiana. El fenómeno nuevo es la migración masiva por causas forzosas². El siglo xx ha sido el testigo directo de las limpiezas étnicas (Yugoslavia), de las sangrientas guerras tribales (Angola), de los conflictos bélicos de carácter endémico (Palestina), de los colapsos económicos o sociales (América Central, del Sur o Norte de África). Todos estos casos han traído consigo la aparición de los refugiados, hacinados en inmensos campos con carácter permanente, el tráfico de seres humanos (especialmente degradante con la trata de mujeres y niños) y la inmigración social de forma masiva.

La inmigración a la Unión Europea se articula en varios grandes bloques, de características muy distintas. La procedente de la Europa del Este (muy fragmentada y heterogénea); la de Asia (China, Pakistán) y Cercano Oriente (Irán, Irak, Turquía) y la del Norte de África (Marruecos, Argelia) y los llamados países subsaharianos (Nigeria, Senegal, Gambia).

En las sociedades receptoras de inmigrantes, como ahora lo es España (que ha pasado en un tiempo relativamente corto de ser una sociedad de emigrantes a otra de inmigración), el factor número uno de inquietud viene motivado por el miedo al emigrante, hay muchas causas, que se exagera, en ocasiones concretas, por el “espectáculo de propaganda” creado por los medios de comunicación, cuya responsabilidad a la hora de formar opinión es decisiva. Recordemos las noticias sobre las explosiones racistas de El Ejido hace algún tiempo, imágenes de los emigrantes llegando en pateras durante el pasado verano, los encierros de emigrantes del último otoño o las muy recientes en torno al uso del velo por las mujeres musulmanas.

Es sorprendente, como apuntábamos antes, la falta de responsabilidad de algunos dirigentes de nuestra sociedad. Ante un fenómeno tan complejo como es la emigración cabría esperar comportamientos prudentes, matizados, tolerantes y comprensivos. En la raíz existe siempre un sufrimiento y muchas veces una tragedia humana. No puede encontrarse una política adecuada sobre la inmigración desde una posición de superioridad de una cultura tan decadente como es la occidental de nuestros tiempos. Si se quieren entender como motivos de superioridad los llamados avances técnicos o científicos hay que analizar con un mínimo sentido crítico los desequilibrios planetarios, algunos ya irreversibles, provocados por la creencia en un progreso ilimitado sin control alguno, donde se enmarcan dichos avances. La inmigración masiva es, como decíamos, una consecuencia más del desequilibrio mundial provocado por la búsqueda del máximo beneficio material a cualquier costo.

(2) No hay que olvidar, el dato es importante, que “la inmensa mayoría de las migraciones se producen en los países pobres: África, Asia, América Latina”, J. GOYTISOLO y S. NAIR: *El peaje de la vida. Integración o rechazo de la emigración en España*, Madrid, Aguilar, 2000, p. 20.

Sorprendente igualmente es la falta de interés por saber cómo se han tratado de resolver los problemas relacionados con la inmigración en otros países y la curiosa ceguera de querer repetir los errores cometidos en Europa en los últimos años. Hay que aprender de los demás y es necesario preguntar y enterarse sobre las experiencias europeas relacionadas con la inmigración y la razón de sus fracasos y de sus aciertos.

Algunas políticas de inmigración en la UE han tratado de encontrar soluciones para una política de integración del inmigrante, incluyendo a los inmigrantes irregulares. Vamos a examinar con un cierto detalle la experiencia de dos proyectos de integración europeos: el del Ayuntamiento de Rotterdam y el de las municipalidades de Estocolmo, como un ejemplo modélico de una actitud responsable y digna de la problemática que comentamos.

Rotterdam es una ciudad portuaria situada en Holanda, en el delta del Rin, con una población aproximada de 600.000 habitantes. La ciudad siempre ha sido una ciudad de inmigrantes debido a la existencia del comercio portuario y las industrias relacionadas. El carácter cultural de Rotterdam ha estado siempre profundamente influenciado por la continua llegada de nuevos residentes. El proceso migratorio comenzó en la segunda mitad del siglo XIX, cuando miles de campesinos de las zonas rurales del interior de Holanda emigraron a la ciudad a trabajar en la expansión de los muelles del puerto. A principios del siglo XX llegaron emigrantes procedentes de un amplio espectro de culturas diversas: chinos, ingleses, americanos, rusos, gentes del Cabo Verde y muchos más. Después de la II Guerra Mundial y la reconstrucción económica de los desastres de la guerra, llegó una generación de “trabajadores invitados” (*guestworkers*) de los países mediterráneos. En los años setenta muchos de ellos decidieron quedarse en la ciudad; comenzaron a reunificar sus familias y formar nuevas familias con holandeses. En 1975 un gran grupo de emigrantes de las antiguas colonias holandesas llegó de Surinam, junto con algunos miles de las Antillas y de las islas pequeñas del Caribe, que formaban parte de la colonización holandesa. A partir de los 80 han llegado refugiados de muchos países. El resultado de todo este proceso migratorio ha sido un mosaico de culturas diferentes que podemos resumir en la convivencia de 15 culturas de una cierta importancia numérica, de las que destacan los marroquíes, los turcos, los yugoslavos, los asiáticos, los surinameses y los españoles. Muchos miembros de las etnias extranjeras de Rotterdam poseen la nacionalidad holandesa lo que se aplica a los antillanos y a los surinameses, por haber sido súbditos del Reino de Holanda en la época colonial. Este factor hace cambiar la composición numérica de la distribución cultural de hecho pues los holandeses de raza blanca son sólo un 58% de la población y el resto son de etnias diferentes. No están incluidos en este cuadro los emigrantes “sin papeles” cuyo número se estima entre 10.000 y 15.000 (un 2% del total).

La necesidad de una política migratoria no se sintió hasta los disturbios raciales de 1972 cuando estallaron motines callejeros entre holandeses de baja condición social y emigrantes en relación con la ocupación de viviendas sociales. Como consecuencia de ello se estableció el primer documento sobre política de inmigración en el año 1975 que definió la igualdad de los derechos sociales de los emigrantes y los habitantes autóctonos, la concesión de derechos políticos, y la constitución de un organismo responsable de emigración con competencias en política social, vivienda y educación. Se creó asimismo una Oficina de Coordinación para coordinar todas las

actividades de organizaciones públicas y privadas y subsidiar las actividades de los emigrantes con cargo a los fondos municipales.

El reconocimiento de los derechos políticos de los emigrantes requirió un cambio de la Constitución holandesa. Rotterdam había constituido submunicipalidades en 1978. Este nivel de gobierno no se contemplaba en la Constitución y, tras su reforma, el Ayuntamiento de Rotterdam concedió derecho de voto a los emigrantes en este nivel submunicipal en el año 1981. Los emigrantes pueden votar y ser elegidos para todos los cargos submunicipales y en 1986, cinco años más tarde, para todos los cargos municipales. Los únicos requisitos eran haber residido cinco años en el país y no haber cometido un delito grave. Actualmente 8 de los 45 escaños municipales (casi un 20%) están ocupados por emigrantes. El porcentaje es mucho más alto en el nivel submunicipal, donde viven un alto porcentaje de emigrantes e incluso en una de ellas los emigrantes son mayoría.

En 1979 la política migratoria contemplaba todavía un ambivalente concepto del emigrante pues mientras por un lado les trataba como a la población autóctona, cuando estaban en el país, por otro “tenían que ser ayudados a regresar” pues “posiblemente”, se pensaba, ellos “querían regresar” a sus países de origen. En 1983 la política migratoria dio un nuevo cambio subrayando en vez de diferencias culturales, igual tratamiento, mejora de la posición económica y social de las “minorías étnicas y culturales” y la lucha contra la discriminación. Las políticas migratorias se vieron obligadas a reconocer a Holanda como país de inmigrantes *de facto*, y, por tanto, se empezó a hablar de la necesidad de la integración del emigrante, aunque todavía se consideraban posibilidades de regreso al país de origen (en los casos de los ancianos, de los minusválidos etc.). Hay que tener en cuenta que actualmente casi la mitad de los residentes urbanos son de descendencia extranjera y que más de la mitad de los niños han nacido fuera o tienen padres que han nacido en otro país. Las políticas municipales tienen, por consiguiente, que estar continuamente adaptándose a una diversidad cultural en constante aumento.

En la ciudad de Rotterdam la política social ha alternado entre programas dirigidos a los sectores más desfavorecidos de la población, sin consideración de origen étnico (los dominantes) y programas dirigidos a las minorías étnicas, llamadas ahora así en vez de emigrantes, para subrayar más el aspecto de residencia permanente en el lugar.

Hay un rasgo específico del “modo” político holandés que ha afectado de forma decisiva la política migratoria que es la “política consensual”: todas las comunidades (grupos sociales, sindicatos, organizaciones voluntarias y comunidades étnicas) se comunican con los responsables políticos de un modo organizado en relación con problemas específicos. Dicha política, o mejor dicho, esta manera de hacer política se desarrolló en Holanda a partir de 1850, como un medio de resolver los problemas entre los diferentes grupos religiosos. No olvidemos que Holanda había sufrido mucho de la intolerancia religiosa desde los siglos XVI y XVII con la monarquía española. Este modo de actuación política ha creado un creciente número de organizaciones colectivas de las comunidades étnicas establecidas y la formación de consejos consultivos con participación de las mismas. Estos consejos consultivos se organizan con criterios étnicos, religiosos o

específicos (por edad o sexo). Muchas organizaciones están subvencionadas por el ayuntamiento, dentro del presupuesto municipal o con ayuda estatal.

En cuanto al contenido de las políticas sociales del ayuntamiento desde 1975 se han establecido programas de ayuda a las minorías étnicas en los campos educativos, vivienda y empleo a través del sistema de cuotas para la concesión de viviendas, la discriminación positiva en el acceso al mercado de trabajo (el sistema del *affirmative action* en EEUU) y la ayuda en materia educativa para dispensar educación en las lenguas y culturas de las minorías aparte del currículum oficial en holandés. El gasto municipal procede en su 95% de impuestos estatales y sólo el 5% de impuestos locales.

De interés especial ha sido la política de vivienda que ha tenido que adaptarse al cambio de la inmigración y a tendencias especiales de la planificación urbanística. De una inmigración compuesta al principio por jóvenes a otra formada por familias completas. También tiene importancia la natural tendencia de los inmigrantes a vivir por afinidades culturales lo que implica la concentración de inmigrantes en determinadas partes de la ciudad junto con la necesidad de encontrar los lugares de vivienda más barata lo que puede dar lugar a la formación de guetos sociales con la problemática social derivada. Otro factor ha sido la coincidencia entre el asentamiento de las oleadas de emigrantes y la necesidad de rehabilitación de los viejos barrios y la construcción de nuevas barriadas. Un punto importante en todo este proceso es el hecho de que el Ayuntamiento de Rotterdam controla una gran parte de las viviendas, un 70%, que se destina a alquiler como vivienda social. La vivienda social está controlada por corporaciones, *the housing corporations*, cuya función es exclusivamente social: “la provisión de vivienda digna y barata para los sectores más desprotegidos de la sociedad”. Las corporaciones de viviendas son cuasi no gubernamentales colaborando estrechamente con el ayuntamiento en la concesión de viviendas sociales y en proyectos de renovación urbana. Todavía hay amplios grupos de inmigrantes que viven en las partes más deterioradas de la ciudad y los tribunales han considerado ilegal forzar a los inmigrantes a vivir en una determinada área. En la política de vivienda se distingue entre minorías étnicas y emigrantes regulares y los que tienen la categoría de refugiados o la buscan. Estas categorías tienen diferentes reglas.

Al principio de la inmigración económica, en los años 70, la mayor parte de los inmigrantes, eran jóvenes sin familia. La familia quedaba en el país de origen. Su alojamiento se efectuaba en “hostales” (*hostels*), en lugares de la ciudad antigua, y con frecuencia eran los empresarios los que lo organizaban. Las condiciones de salubridad eran precarias, demasiadas personas en una sola habitación y condiciones sanitarias deficientes. El ayuntamiento no hizo mucho para mejorar la situación pues se pensaba que “los trabajadores querían gastar poco en alojarse pues sólo estaban interesados en enviar el mayor dinero posible a su familia en el extranjero”. A partir del año 1972 la situación comenzó a cambiar pues los trabajadores temporales, los *guestworkers*, comenzaron a quedarse en la ciudad y a buscar los medios para traer a su familia o fundar una nueva familia casándose con los naturales. Empezó de este modo la llamada “reagrupación familiar”. Esto trajo consigo un cambio en la política de vivienda social al necesitarse viviendas grandes para una familia completa. Esta nueva situación fue uno de los factores de los disturbios aludidos de 1972 pues no existían viviendas suficientes para los nuevos colectivos y las familias

pobres de nacionalidad holandesa. Fue el momento decisivo de cambio de política de vivienda pues el ayuntamiento, con mayoría socialdemócrata, decidió aplicar una política no discriminatoria de concesión de vivienda con igualdad de acceso para los residentes, con independencia de su origen étnico. El principal problema entre 1975 y 1982 fue la distribución igualitaria de extranjeros en los diferentes vecindarios. La política de distribución tuvo que enfrentarse por un lado para que no pudiera interpretarse como discriminación por razones constitucionales y por otro contra la resistencia de las organizaciones de afectados, a pesar de que en esa época, la población extranjera estaba sólo entre el 10 y el 15% de la población, aunque concentrada mayoritariamente en los viejos y deteriorados barrios de la ciudad. Una de las formas de solución fue ofrecer alojamiento a las familias de inmigrantes en los nuevos barrios que se estaban construyendo en áreas renovadas pero automáticamente las vacantes en la ciudad vieja eran ocupadas por otras familias de inmigrantes. Otro problema adicional fue el número de miembros de las familias que sobrepasaba al tamaño tradicional de la familia holandesa (3 o 4 miembros).

En las áreas rehabilitadas surgieron nuevos problemas. El número de habitaciones se reducía como consecuencia de las reformas, el precio de los alquileres subía, los nuevos requisitos de alojamiento no se podían cumplir y surgió el fenómeno del “nomadismo urbano”: familias pobres de inmigrantes que se trasladaban a partes no renovadas de la ciudad. Un problema especialmente grave fue el cultural. Lo que unía a todas estas familias era la pobreza pero culturalmente eran de etnias muy diferentes que no compartían elementos comunes. No existía un sentimiento de comunidad.

Al final de los 80 el proceso de renovación de las viviendas fue retrasándose, hubo problemas de falta de subvenciones y el número de inmigrantes fue creciendo, el 35 o el 40% de la población. En los 90 hubo el cambio ideológico de un sistema más basado en la orientación del mercado que en la intervención del Estado y las corporaciones de viviendas se privatizaron. Todavía hay una oficina central de vivienda donde se solicitan las viviendas y si los alquileres son elevados hay posibilidades de conseguir subsidios para el pago. La situación actual es bastante compleja. Algunos de los viejos barrios, *the Old West*, han sido renovados totalmente y de barrios controlados por el crimen, el tráfico de drogas, vandalismo, suciedad etc. se han convertido en barrios multiétnicos de carácter comercial. La renovación ha sido total: casas, calles, rutas de transporte, manzanas, tiendas. Hay muchos servicios sociales, educativos y sanitarios. Hay barriadas en proceso de renovación pero con bolsas de pobreza y crimen. Hay alojamiento controlado por manos privadas, hostales, con condiciones por debajo de los mínimos. Son albergue de los recién llegados, sin papeles, drogadictos o personas que se les ha denegado un permiso de residencia.

El sistema de integración que el ayuntamiento ha puesto en marcha desde 1986 fue el establecimiento de un Centro de Recepción para los Inmigrantes que les da los medios para un primer curso de holandés, alguna orientación sobre la sociedad holandesa y consejo sobre cómo conseguir plaza en la escuela, trabajo en la oficina de empleo y casa a través de las corporaciones de viviendas. El problema más importante en la consolidación de la oficina, y hubo muchos, fue el conseguir suficientes plazas en las escuelas de educación adulta que daban los cursos de lengua. El proyecto estaba subvencionado con cargo al presupuesto municipal. A mediados de los años

90 el sistema estaba consolidado y consiguió estatuto legal: La Ley de Integración, *the Integration Law*. La idea fundamental es que los recién llegados a una sociedad urbana deben hacerlo en un proceso ordenado, regulado y transparente con objetivos definidos. Los principales son un conocimiento básico de la lengua, conocimiento suficiente de las costumbres, educación adecuada y posibilidades de integración en el mercado de trabajo para llegar a ser un ciudadano pleno en el sentido social y político del término.

La responsabilidad total del proceso descansa en las autoridades locales. En la práctica es una corresponsabilidad entre organizaciones públicas y privadas.

Dentro de las 6 semanas siguientes a la llegada a la ciudad y registro en la Oficina Civil el Centro de Migración, Integración y Participación de Rotterdam organiza el proceso del candidato y decide sus necesidades concretas. Para todas las personas necesitadas de apoyo se organiza en el Centro un curso general de adaptación. Después de esta primera fase se les da un curso de 600 horas de holandés. Estos cursos se imparten en los Centros de Educación Regionales (los ROC), establecidos por las escuelas. Después del examen final el candidato puede entrar en el mercado de trabajo. Todo el sistema es obligatorio pero hay candidatos que desaparecen o que no asisten a clase. Se les puede penalizar pero de hecho lo único que puede hacerse es quitar las subvenciones. Otro factor es la necesidad de trabajadores y los salarios son siempre más altos que los subsidios sociales. Otro problema es la falta de plazas en los Centros de Educación.

Tratemos por último el problema de los indocumentados. Decíamos que su número se estima entre 10.000 y 12.000, que residen ilegalmente en la ciudad, sin el permiso necesario. Su origen es múltiple. El Ayuntamiento está tratando de buscar soluciones humanas al problema para impedir que acudan al crimen, simplemente para que puedan sobrevivir. Hay grupos de especial vulnerabilidad: los menores solos. Recientemente ha habido un creciente número de menores procedentes de Angola, China y Guinea que se junta con grupos de niños que ya estaban en Holanda de Somalia, Nigeria y Ghana. La mayoría de ellos son perseguidos para prostituirles. Hay, además, un pequeño grupo de niños particularmente traumatizados, los llamados niños soldados de África del Oeste, niñas de China de origen rural y muchos otros. Son recibidos en un centro especial de recepción y puestos bajo custodia de una fundación privada hasta que alcanzan la mayoría de edad a los 18 años. A esta edad, es muy difícil su adaptación por sus especiales circunstancias y hasta la fecha no se les quiere devolver a sus países de origen por razones humanitarias y prácticas. La repatriación no se practica activamente en Holanda. Sólo cuando una persona comete un delito grave. Es un problema pendiente que está en vía de estudios y que necesita muy especialmente la colaboración de los países de origen.

Nos hemos detenido con alguna calma en algunos aspectos de la experiencia de Rotterdam porque muestra de forma muy adecuada toda la problemática real de la inmigración, que cualquier proyecto inmigratorio tiene que considerar, y hace ver que no se puede seguir perdiendo el tiempo en detalles superficiales o periféricos.

Nos gustaría ahora subrayar algunos aspectos de la política migratoria de la ciudad de Estocolmo que son complementarios de todo lo anterior.

La política de integración de Estocolmo parte de unos postulados pragmáticos de considerar la situación inmigratoria como una situación de hecho con un número indefinido de problemas que se trata de resolver. Los inmigrantes que llegan a Estocolmo proceden de 58 países entre los que destacan los inmigrantes de Irak, que son kurdos cristianos, Afganistán y Somalia. Los programas de integración quieren lograr la viabilidad de una experiencia intercultural que explicaremos más adelante. Los inmigrantes que llegan a Estocolmo son sometidos a un programa de introducción que dura entre 18 y 24 meses. Los programas proporcionan un subsidio económico e intentan conseguir un control básico de la lengua, un conocimiento de la sociedad sueca, la consecución de vivienda y garantizar una buena salud física y mental y, de forma muy especial, una postura activa en la sociedad. Los programas, como en Rotterdam se adaptan a cada individuo o a su familia. La mayor parte de los inmigrantes se establecen en barrios suburbanos y una minoría en las zonas urbanas del centro de la ciudad. Uno de los barrios más poblados por los inmigrantes es el barrio de Tentsa que se ha convertido en una experiencia piloto de la política de integración del Ayuntamiento de Estocolmo. En Tentsa conviven 120 diferentes nacionalidades con 20 credos religiosos. El trato del inmigrante pretende conseguir una ampliación de todas sus potencialidades como persona y como ciudadano y potenciar todas las posibilidades culturales. Toda la política de integración tiene como principal objetivo, como hemos indicado antes, el logro de una ciudad o de un barrio “intercultural”. El multiculturalismo entendido como coexistencia de culturas sin mezclarse, el modelo anglosajón, produce segregación. Por ello uno de los caracteres esenciales de la experiencia del ayuntamiento de Estocolmo es no trabajar con etnias sino con barrios. Establecer una *unidad geográfica* de actuación para llevar a cabo una experiencia territorial presidida por los criterios siguientes:

- Voluntad política de cesión de espacios de poder.
- Aplicación de recursos económicos suficientes: 50 millones de euros en el período entre 1995-1999 y 15 millones de euros anuales para el período entre 2000 y 2004.
- Consecución de un ambiente de información y participación.

El primer estadio de trabajo es conocer cuáles son las necesidades que los integrantes del barrio perciben a través de la realización de una encuesta que responda a la sencilla pregunta: “¿Qué quiere para su barrio?”. Las respuestas pueden ir desde “más luz”, “más escuelas” o problemas sociales como “más atención a los ancianos”.

Después de conocer las necesidades se dispone la realización de una serie de programas para cuya realización se establece la constitución de unos *grupos de trabajo* en función de las necesidades que deben rendir cuentas ante las *asambleas de vecinos* que se reúnen en pleno una vez por mes. Toda la experiencia del trabajo de barrio se coordina a través de los *Consejos Políticos del Distrito* y una red de empresas comunales que se centralizan en los llamados *Consejos de Desarrollo Local de Estocolmo (CDLE)* cuyas notas esenciales son:

- No influencia en su composición por los cambios políticos del Ayuntamiento.
- Consideración de los vecinos como los “expertos” en la sociedad local.
- Voluntad de cohesión social básica.

Las líneas de trabajo parten de una participación activa estableciéndose una democracia de barrio, subrayándose el proceso de formación democrática y legitimando la sociedad civil. Se fomenta asimismo la creación de empresas cooperativas y el conocimiento de los vecinos en el ámbito de la economía social. El círculo de colaboración se establece entre los políticos, la administración y los técnicos y los vecinos/ciudadanos tratando de conseguir una información fluida entre todos ellos.

Hemos hablado de estas dos experiencias de política migratoria en la Unión Europea y es hora de establecer unas conclusiones:

1. El fenómeno de la inmigración no se puede desgajar del contexto de desequilibrio mundial en todos los planos. El efecto “llamada” es consecuencia de este desequilibrio. Las sociedades emisoras, corrompidas sobre todo políticamente, son incapaces de conseguir un equilibrio social y económico que integre a su población. La influencia de las sociedades occidentales, igualmente corruptas, con su modelo ideal de vida basado en la superexplotación de los recursos naturales, la búsqueda del máximo beneficio, el desarrollo indefinido de la sociedad de consumo, y la ausencia de valores éticos ha creado unas condiciones de vida muy difíciles ya de controlar. La globalización de la economía no ha ido acompañada de una globalización de una política social justa para los países pobres, corroídos por la deuda externa y la explotación de las multinacionales. Existe una crisis general de ideologías como consecuencia de la introducción de este modelo social centrado en el materialismo, el egoísmo cívico y la irresponsabilidad social y política.
2. En este contexto, y dada la irreversibilidad de los fenómenos descritos, sólo cabe enfrentarse con el problema migratorio desde un punto de vista realista. La política represiva y de cierre de fronteras no es una solución ni verdadera ni permanente. Es necesaria una política clara y coherente de gestión de los flujos migratorios que debe completar la lucha contra la inmigración clandestina y la trata de seres humanos.
3. La ejecución de la política de inmigración se tendría que plantear, para que pueda haber resultados positivos como hemos visto en Rotterdam y Estocolmo, desde unas instancias locales y regionales en la base, con un mecanismo de coordinación y ayuda en el plano estatal.
4. El modelo ideológico debe ser el *intercultural*. Considerar al emigrante como un posible ciudadano, digno *a priori* de estima y que puede tener o de hecho tiene un sistema de valores, igual o superior incluso, a los de la sociedad receptora. La historia de Occidente es también la historia de una decadencia. El llamado progreso científico-técnico ha ido acompañado de una pérdida de valores éticos. No se puede hablar de una cultura superior occidental en este sentido. Sería grotesco hacerlo, sobre todo en los momentos actuales.

5. Una de las claves del éxito de una política de inmigración pasa por una información objetiva y veraz. La responsabilidad de los medios de comunicación y de los responsables políticos es en estos momentos muy importante. El ciudadano medio está muy poco formado en estos temas y se deja llevar muy fácilmente por sus propios prejuicios, que en muchas ocasiones se arrastran desde generaciones y que pueden estallar sin control si no se toman medidas muy enérgicas para hacer comprender la necesidad de una política informativa honesta. No hay que olvidar que el hombre colectivo en estado de crisis no se puede controlar. Del mismo modo que en 1392 se produjeron las matanzas de judíos en la aljama de Sevilla, en El Ejido tuvieron lugar las agresiones racistas contra los colectivos de trabajadores inmigrantes. De ahí, la inmensa responsabilidad de las personas que tienen acceso a los medios de crear opinión.

6. La política de inmigración es colectiva. Todos los ciudadanos somos responsables de tener una actitud que esté realmente a la altura de las circunstancias. La migración es un derecho reconocido universalmente y la mayor parte de las veces es una necesidad. Los españoles no pueden perder su memoria histórica. Las migraciones de españoles han sido una constante en su historia y, modernamente, desde principios del siglo xx: a América, tanto del Norte como del Sur o a Europa a partir de los años 50. Muchos de los españoles emigrantes querían regresar y lo consiguieron, otros muchos ya no pudieron, fue un camino sin retorno como es el caso de gran parte de los inmigrantes actuales en la Unión Europea. Las heridas del sistema son demasiado importantes para permitir el regreso. Quedan actualmente cerca de dos millones de españoles fuera de España. Lo menos que se puede desear, en el caso de España, al haber sido un país de emigración reciente, es que traten a los nuevos inmigrantes del mismo modo en que a ellos les hubiera gustado ser tratados. Es necesaria, por tanto, junto con la política informativa, una política educativa y cultural que sepa inculcar no sólo el respeto de otras culturas sino también la necesidad de aprender de las mismas. La diferencia cultural se debe de dejar de percibir como una amenaza y se debe contemplar como una auténtica oportunidad de enriquecimiento social. Lo que da riqueza a una sociedad es la pluralidad cultural y no a la inversa.

7. Es fundamental la colaboración con los países de origen para establecer una política coherente de flujos migratorios pero teniendo en cuenta la existencia de las bolsas de inmigrantes irregulares que ya se encuentran entre nosotros. Hay que legalizar a los inmigrantes irregulares y el único medio es a través del mercado de trabajo y la concesión de derechos básicos para poder exigir deberes. Con la ilegalidad no se resuelve ningún problema. Es necesario considerar al inmigrante como un futuro ciudadano y otorgarle, tras un período de residencia, derechos electorales para poder participar en la gestión de su problemática y en la defensa de sus derechos.

El emigrante tiene que integrarse armónicamente en la sociedad receptora y la única manera de que el proceso tenga éxito es garantizando una seguridad jurídica al inmigrante. Las situaciones de precariedad administrativa sólo conducen a la marginación y a la exclusión social. Por otro lado es crucial, como hemos venido repitiendo a lo largo de esta charla, la insistencia sobre una filosofía de respeto a otras culturas diferentes garantizando unos derechos culturales que permitan la integración sin perder la identidad de su propia cultura. Una utopía necesaria.

FERNANDO OLIVÁN LÓPEZ
Abogado y Responsable del Aula de Migraciones
del Ilustre Colegio de Madrid

IV

De Sevilla a Guantánamo. Una reflexión sobre los Derechos humanos

LA VACATIO ESTIVAL ANIMA LA APARICIÓN DE LOS “OTROS” TEMAS MÁS O MENOS DESCUIDADOS QUE REAPARECEN ASÍ, COMO AUTÉNTICAS “SERPIENTES DE VERANO”: MIGRACIONES, COOPERACIÓN, LA TRÁGICA EXISTENCIA EN QUE VIVIMOS, EL DOLOR CONTINUO DE LOS QUE HAN QUEDADO EN LOS MÁRGENES, FUERA DEL SUEÑO DE SEGURIDAD EN EL QUE LOS “UNOS”, ES DECIR, LOS DE ACÁ, LOS REPLETOS DE EXISTENCIA A LO LARGO DE TODO EL AÑO, TRATAMOS DE OCULTARNOS.

Sin embargo las migraciones ya han dejado de ser un mero complemento veraniego. La gigantesca ola de su humanidad atraviesa la cotidianidad de Occidente. No deja de producirnos un escalofrío el ver las imágenes de la Universidad de Sevilla, hombres atados con cables –quizá más baratos que las esposas– tras su macrocrimen de inmigrantes ilegales. Sus rostros, su angustia, el delito objetivo de su diferencia quedaba plasmado más allá de todo comentario. La foto resultaba idéntica a las que nos remiten los teletipos de los palestinos detenidos en Israel. Del “campo de concentración” quizá los empujen después a la emigración –deportación–, derribadas sus casas con buldózer y dinamita. Alguno lo justificará en su falta de arraigo.

Palestinos en los territorios ocupados por Israel, blancos –ahora también un nuevo pecado– en un Zimbabwe que enloquece de pura reacción sin sentido. Pero, en ironía del destino, en el centro de una Europa inundada descubrimos de pronto la desolación del exilio –¿acaso es menos terrible el agua enloquecida que la locura de un tirano?–.

Limpiezas étnicas. Si en su día, allá cuando se inventó la palabra para comprender la locura yugoslava o la terrible orgía de sangre en Ruanda, nos llenó de escalofrío la brutalidad de su imagen, hoy parece encontrar una cierta comprensión bajo la nueva palabra clave de nuestra época: Terrorismo. Supremo mal que envenena toda capacidad de raciocinio.

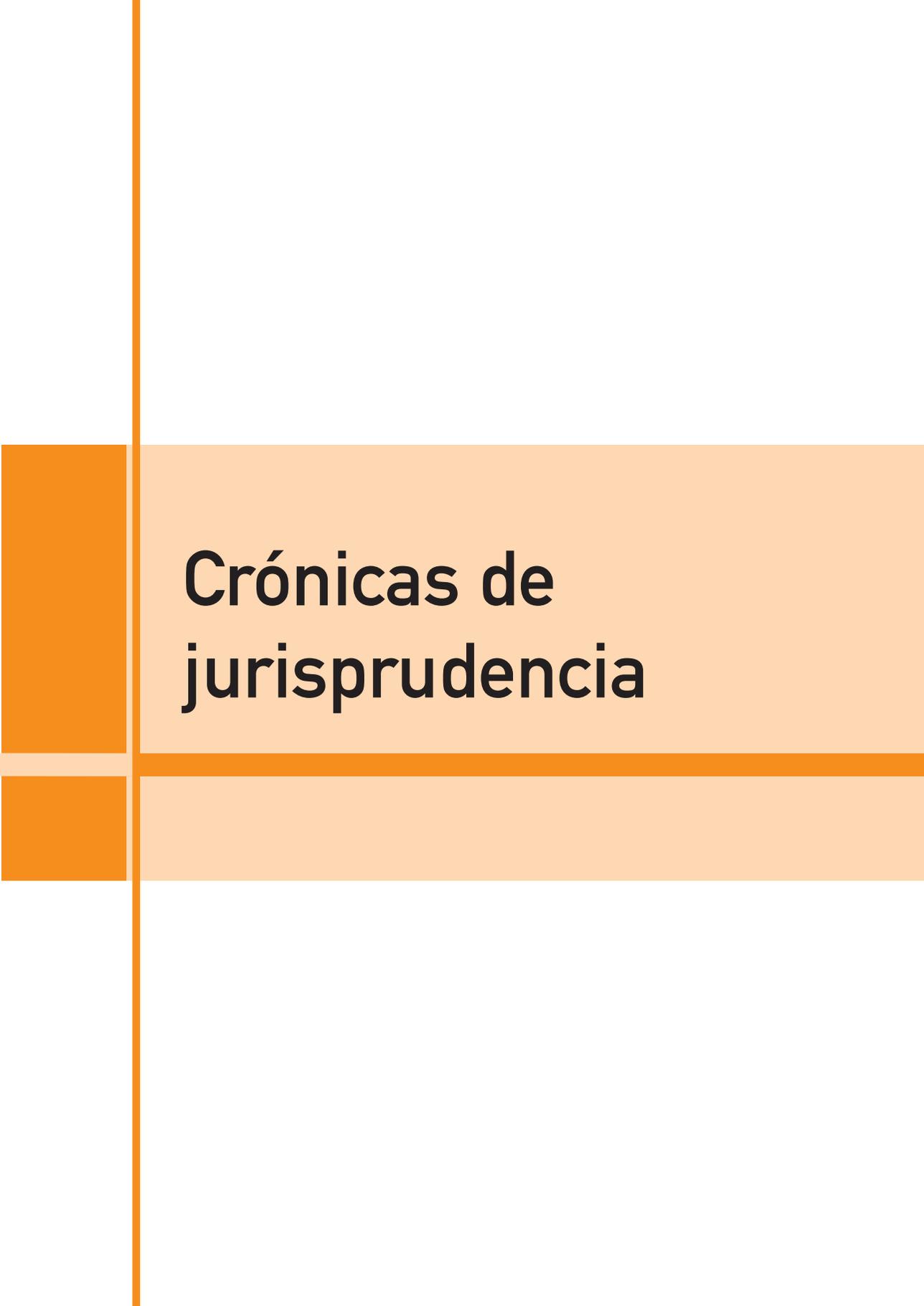
Secuelas de un 11 de septiembre que día a día –o mejor dicho, al caer el día– prolonga su sombra hacia el infinito. El informe de American Whatch, como los de Amnistía Internacional, en una extraña coincidencia con los de las Comisiones de Valores de medio mundo terminan proyectando una luz que amenaza con cegarnos: corrupción y violencia institucional son más comunes que lo que pensábamos. No existen dos mundos, el del derecho, aquí, entre nosotros, gente limpia donde nuestros cuerpos sanos son imagen de nuestras limpias intenciones, y los otros, miasma en el sentido más clásico, donde la corrupción de sus instituciones refleja la muerte del derecho entre mafias y tiranos. Allí violación de derechos humanos y corrupción en presupuestos estatales y empresas, aquí, en cambio, parada triunfal del derecho. Sin embargo la diferencia es solo de grado, “vasos comunicantes” unen demasiado estrechamente ambos mundos y la tentación habita demasiado cerca del Poder desde siempre.

HIRSHON, presidente de la ABA –Colegio de Abogados Americano– nos animaba recientemente a no bajar la guardia. Si algo sentimos como universal el 11 de septiembre fue la clara división entre barbarie y civilización, víctima y verdugo parecían habitar universos radicalmente distintos: democracia y tiranía, imperio de la ley y negación del derecho. Todo esto se ordenaba en nuestra conciencia de Occidente. Sin embargo hoy todo cambia y lo hace demasiado deprisa. El diario *Financial Times* revelaba recientemente, nos contaba un diario madrileño, que el Pentágono se había puesto en contacto con diversas ONGs para gestionar la catástrofe humanitaria que se desencadenaría tras el ataque contra Irak. De nuevo la corrupción del lenguaje. Al calor de los millones de dólares ofertados acudirán las ONGs, los expertos humanitarios, las agencias humanitarias, los programas humanitarios. Miles de voluntarios vestidos de pantalón vaquero y cazadora de combate cubrirán la recluta humanitaria. Los bonitos nombres de las nuevas compañías de “*lasquetetes*” abrirán banderines de enganche en universidades y bares de jóvenes: puro militarismo humanitario.

Otra nota de prensa completa el terror. Los presos talibanes sirven a la CIA para experimentar en la lucha antiterrorista, o mueren abrasados en los “contenedores” que los trasladaban, hacinados, como en los barcos negreros del XVIII. Todo detenido, penal o militar, es aborrecible, si no fuera objeto de odio y temor no se le mantendría encerrado (preso) violentado contra él uno de los derechos más preciosos. El lema de la Rendú resulta insostenible. Somos demasiado humanos para compadecer a nuestro enemigo. Sin embargo el derecho es otra cosa: límite a las pasiones, razón en medio del caos de los sentimientos, luz frente al oscurantismo, equidad frente a la pasión. Experimentar con presos es una práctica que, en nuestra memoria histórica, nos remite a la locura que vivió nuestra civilización en pleno siglo XX.

Dentro de unos años –¡ojalá!– nos preguntarán dónde mirábamos cuando oíamos hablar de “espacios no sometidos al derecho” (Guantánamo), “juicios secretos”, detención de sospechosos por el color de su piel o su culto religioso (Musulmanes), asesinatos preventivos de “futuros terroristas” –¿llegará la técnica a reconocerlos desde niños?–, “talar los bosques para evitar su incendio”... Diremos que no sabíamos, que nos decían que era necesario, que preguntar ya te hacía sospechoso.

Por eso la vigilancia nos compete a todos. Estefan ZWEIG, HAFFNER, BRETCH y otros muchos conocieron cómo la culta Europa de los años 30 se precipitó en el foso de la barbarie. Las bellas palabras empezaron a perder su significado auténtico. “Comunidad”, “comunismo” torcieron su sentido. La misma palabra *fascio* remitía simplemente al haz de trigo, a la unidad que garantiza la fuerza, a la capacidad de proporcionar alimento al segador que lo recoge, como la hoz y el martillo eran meros símbolos del trabajo en la fábrica y en el campo; todo ello antes de convertirse en historia terrible de violencia y muerte. Palabras clave de nuestra época violentan hoy su semántica de forma parecida, ¿quién reconoce la potencia intelectual de la palabra “humanidad”, usada por los Ilustrados, confrontándola con su uso hoy en los telediarios? Una sociedad añiñada, donde los buenos deseos se sazonan con aventura, estética y juego y una absoluta falta de crítica y criterio, corre el riesgo, en este comienzo de siglo, de crear el extraño monstruo de un nuevo fascismo, calificándolo estúpidamente de humanitario.



Crónicas de jurisprudencia

ÍNDICE ANALÍTICO DE VOCES

ASILO

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 11 de enero de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1122/1998.

Ponente: D. Manuel Fernández-Lomana García.

Voz: Asilo. Inadmisión. Nacional de Nigeria.

Resumen: “En este sentido, la Sala observa que el recurrente presentó tres páginas en inglés conteniendo diversas alegaciones sobre su persecución y documentación que acredita su nacionalidad y pertenencia al cuerpo de policía de su país –que la Administración no ha tachado de falsa–. Pues bien, dichas alegaciones las resume la Administración en seis líneas y en forma poco clara pues en la línea tercera habla de arresto –lo que parece indicar persecución desde el Estado– y en la siguiente línea habla de persecución por una mafia. Ante esta contradicción, y teniendo en cuenta el carácter riguroso con el que debemos interpretar la inadmisión, entendemos que en este caso concreto no está debidamente motivada y justificada la inadmisión, lo que implica la estimación de la demanda. En esta línea la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de junio de 2000 (Rec. 248/1999), razona ante supuesto similar que: «Respuesta contraria vamos a dar a la impugnación que hace la actora basada en que obran en el expediente documentos, uno en inglés y dos en Urdu señala la parte, sin traducción. Sin perjuicio de recordar que es a la parte a quien compete aportar traducción de los documentos que presenta, se estima que en las especiales circunstancias que suelen concurrir en las personas que viniendo de países extranjeros y distinta cultura presentan solici-

tud de asilo, su omisión debe ser subsanada por la Administración, de modo que antes de resolver se tenga una idea exacta de las razones de tal solicitud y valor de los documentos que pretende avalarlas. En consecuencia, el haber pasado por alto en el caso de autos el contenido de los expresados documentos, atendida la compleja situación del país de procedencia, conduce a estimar que la motivación genérica que acoge la resolución resulta insuficiente, y que su inadmisión a trámite es precipitada, por lo que, hallándonos ante este trámite, razones de prudencia aconsejan estimar el recurso, de modo que la Administración pueda estudiar con mayor profundidad todos los documentos que aporta el expediente y dar respuesta a la solicitud de asilo.»

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 11 de enero de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0678/2000.

Ponente: D. Tomás García Gonzalo.

Voz: Asilo. Inadmisión. Nacional de Sierra Leona. Aplicación de la circunstancia d) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994.

Resumen: “(...) en el expediente no se ha acreditado que Dña. M. carezca de la nacionalidad que se atribuye, y como esta falsedad en la atribución es la base en que se asienta la fórmula utilizada en la resolución para considerar que el relato es inverosímil y con ello que debe inadmitirse la solicitud, la respuesta estimando la pretensión principal se impone; máxime cuando se aprecia el escaso contenido del expediente administrativo, dejando sin respuesta en qué modo pudieron llevarse a efecto algunas actuaciones sin la concurrencia del intérprete; defectos y omisiones que tam-

poco se explican por la Administración en este proceso. La valoración de todo lo expuesto aconseja, sin necesidad de mayor argumentación, que la administración tramite el asilo, de modo que sea al finalizar el expediente cuando dé respuesta a la solicitud de asilo, posibilitando que Dña. M. pueda aportar indicios sobre la existencia de una persecución por alguno de los móviles que tienen acogida en la institución del asilo.”

Véanse en este sentido las Sentencias de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de enero de 2002. Recurso Contencioso-Administrativo número 1292/2000 y 1308/2000. Ponente: D. Fernando F. Benito Moreno y D. Tomás García Gonzalo, respectivamente.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 11 de enero de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0448/2000.

Ponente: D. Tomás García Gonzalo.

Voz: Asilo. Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, por concurrir las circunstancias del artículo 5.6.b) y 5.6.d) de la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994. Nacional de Liberia.

Resumen: “La negativa a la pretensión recogida en la demanda no puede sino reafirmarse a la vista de lo actuado en este proceso, ya que la parte demandante no solo ha omitido aportar algún documento para rebatir lo argumentado en la resolución impugnada, sino que se limita a hablar de la situación en Nigeria, cuando el país perseguidor es Liberia. Tan negativa actuación se reafirma cuando ni solicita el recibimiento del recurso a prueba, ni presenta escrito de conclusiones. Del examen del expediente administrativo se llega a la conclusión que la resolución combatida es conforme a derecho. Por todo lo expuesto, considera la Sala que la inadmisión acordada obedece a un incumplimiento por parte del

solicitante de su obligación de facilitar un resultado verosímil, despejando las dudas sobre la nacionalidad que ostenta, dudas que se incrementan cuando refiere que el país perseguidor es Nigeria, y sobre la situación de este país se extiende la demanda, por lo que procede desestimar el recurso.”

Véase en este sentido la Sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de enero de 2002. Recurso Contencioso-Administrativo número 1292/2000. Ponente: D. Fernando F. Benito Moreno.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª.

Fecha: 16 de enero de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0775/2001.

Ponente: Dña. Margarita Robles Fernández.

Voz: Asilo. Inadmisión. Nacional de Cuba.

Resumen: “El examen de lo actuado, no pone de relieve, ni aun con el carácter meramente indiciario que considera suficiente la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de derecho de asilo, ninguna concreta persecución personalizada y particularizada sufrida por el actor Sr. S.R. por su alegada pertenencia al Partido por la Democracia, que determinaría la condición de asilado por cumplimiento de los requisitos previstos en las Leyes y Convenios Internacionales suscritos por España y en especial la Convención de Ginebra de 1951. El recurrente hace especial mención a las circunstancias socio-políticas existentes en su país de origen Cuba, pero es sabido que las circunstancias de ese género, globalmente consideradas, o la naturaleza del régimen castrista no sirven para deducir sin más una persecución individualizada, en la que pudiera fundarse la concesión del asilo. Es por ello que deviene ajustada a derecho la resolución impugnada (...). El propio ACNUR

Asilo

en su Informe se muestra contrario a la admisión a trámite de la solicitud formulada por el Sr. S.R., aduciendo que sus alegaciones relativas a sus actividades de oposición y a los problemas derivados de las mismas resultan vagas y con escasos elementos informativos. El examen de lo actuado tampoco pone de relieve la concurrencia de razones humanitarias que tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2001 impongan el deber de autorizar por dichas razones humanitarias la permanencia en territorio español de la recurrente, a pesar de haberse inadmitido a trámite su solicitud de asilo en aplicación concordada de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984 modificada en ese extremo por la Ley 9/1994 y el artículo 31.3 de su Reglamento, razones éstas que imponen la desestimación del recurso interpuesto.”

Véase en este sentido la Sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de febrero de 2002. Recurso Contencioso-Administrativo número 1492/2000. Ponente: Dña. Margarita Robles Fernández.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 25 de enero de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0616/1999.

Ponente: Dña. Pilar Teso Gamella.

Voz: Asilo. Denegación. Nacional de República Democrática del Congo.

Resumen: “(...) en el supuesto ahora enjuiciado no existen siquiera indicios ni en el expediente administrativo, ni en el recurso contencioso-administrativo, que avalen la tesis de la persecución política personal y directa del recurrente, sobre la que fundamentar la solicitud de asilo.

Singular importancia tiene a estos efectos la falsedad de la documentación aportada –dos cartas de identidad a nombre del recurrente expedidas por la República de Zaire– que han sido manipulados o alterados, mediante sustitución de las fotografías de los respectivos titulares y modificación parcial de sus datos de expedición, según consta en el informe de 28 de abril de 1998, realizado por la Comisaría General de Policía Científica (...).

(...) resulta revelador en dicha entrevista (...) su ignorancia sobre la estructura y funcionamiento de dicha formación política a la que dice pertenecer. En este sentido, la prueba practicada en el presente recurso abunda en la desestimación del mismo, pues los informes de Amnistía Internacional remitidos a esta Sala revelan que aunque en su país de origen se producen graves disturbios y no se respetan los derechos humanos, sin embargo no se contienen alusiones al recurrente o su familia para acreditar la persecución personal y directa del recurrente por razón de sus ideas políticas. Como ya se ha dicho, ser nacional de un país con graves conflictos y la pertenencia a un partido político no comporta la concesión del derecho de asilo de forma automática. Por tanto, los hechos que el recurrente narra en su solicitud y que son reiterados en la demanda no tienen otro apoyo, para fundamentar su solicitud de asilo, que sus propias manifestaciones, las cuales carecen, por sí mismas, del grado de veracidad, detalle y coherencia indispensable para otorgarles un mínimo valor indiciario, pues la atenuación de la prueba en estos casos, no supone una exoneración, como ha declarado el Tribunal Supremo en STS de 7 de diciembre de 2000. En consecuencia, procede la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo (...).”

Asilo

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 25 de enero de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1016/2000.

Ponente: Dña. Pilar Teso Gamella.

Voz: Asilo. Inadmisión. Nacional de Afganistán.

Resumen: “En el presente caso efectivamente la solicitud de asilo no introduce novedad alguna respecto de las causas que dan lugar a la concesión del derecho de asilo. Se exponen diversas incidencias acaecidas en la vida del recurrente –su matrimonio, paternidad, privación de libertad y enfermedad– que no guardan relación alguna con la persecución directa y personal por alguna de las causas que dan lugar al asilo. Respecto de la ausencia de nuevas circunstancias en su país de origen –Afganistán– que puedan suponer un cambio sustancial en el fondo de la solicitud, debe señalarse que efectivamente en el momento de la presentación de la solicitud de asilo –el 5 de marzo de 1999– y en el de la denegación –el 27 de abril de 1999– en su país de origen no se habían producido novedades en la circunstancias que podrían alterar la cuestión de fondo suscitada en la solicitud de asilo. En consecuencia, concurren los requisitos legalmente establecidos para la inadmisión de la solicitud de asilo. Además, los recientes acontecimientos ocurridos en Afganistán, que por razones cronológicas no se alegan en este recurso, no afectan a la legalidad de la resolución administrativa de 27 de abril de 1999. Por lo demás, respecto del alegato contenido en el escrito de demanda sobre la nulidad de la resolución recurrida al haberse dictado por la Subdirectora General de Asilo, cuando en materia sancionadora está prohibida la delegación, debe señalarse que el acto administrativo recurrido ha sido dictado por el Ministro del Interior, como consta en el encabezamiento de la resolución, y la Subdirectora se encarga de su notificación. Además, la inadmisión a trámite de

la solicitud de asilo es un acto que no tiene la naturaleza sancionadora que se invoca. Igualmente las circunstancias referentes a la situación familiar y procesal del recurrente no afectan a la denegación del derecho de asilo en este caso, pues será la legislación en materia de extranjería donde, en su caso, el recurrente puede hacer valer su arraigo en España.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 26 de enero de 2002.

Recurso de Casación: 8246/1997.

Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate.

Voz: Asilo. No procede la suspensión por no apreciarse razones humanitarias y sin que haya indicios ostensibles de que concurren las circunstancias para ser tenido por refugiado.

Resumen: “Rechazada la atención a hechos exclusivamente invocados en casación, sólo nos resta valorar si el alejamiento de los recurrentes del proceso puede erigirse en causa determinante de la suspensión de su obligación legal de salir de España, a lo que esta Sala ha dado siempre respuesta negativa, pues, de lo contrario, el mero ejercicio de la acción impugnatoria de una resolución administrativa, que impone o conlleva el deber de abandonar el territorio español, supondría la suspensión automática de éste, lo que no se compadece con nuestro sistema de medidas cautelares, como esta Sala ha declarado en sus Sentencias de 25 de septiembre y 2 de diciembre de 1995, 17 de febrero de 1996 –recurso de casación 4842/93–, 13 de marzo de 1999 –recurso de casación 6337/95– y 13 de noviembre de 2000 –recurso de casación 10009/97–.

Tampoco podemos aceptar, como causa determinante de la suspensión cautelar del deber

Asilo

de abandonar el territorio español, la dificultad para la familia de retornar a España si esta Jurisdicción anulase después la resolución administrativa denegatoria de asilo y declarase su condición de refugiados, pues no aparecen datos o indicios ostensibles que permitan considerarlos como tales ni tampoco otros elementos de juicio que aconsejen por razones humanitarias evitar su salida de España, mientras que, al menos en el incidente de medidas cautelares, los recurrentes no han negado ni discutido los hechos por los que la Administración demandada se negó a reconocerles la condición de refugiados, consistente el primero en la falta de constancia de su pertenencia a grupo político, social, religioso o étnico que supusiera discriminación por parte del Gobierno de su país, y el segundo porque, antes de entrar en España, permanecieron en otros países donde podrían haber solicitado la correspondiente protección sin haber justificado los motivos de esa omisión. A esto último no han aludido siquiera los recurrentes y, en cuanto a lo primero, sólo en casación han manifestado haber sido perseguidos en su país «por razones de índole religiosa», sin otras precisiones, pero ya hemos expresado que esta alegación resulta ineficaz en casación con independencia de la escasa credibilidad que tiene ante la falta de concreción con que se efectúa, razón que, unida a las anteriores, impide acceder a la pretensión de suspender la obligatoria salida del territorio español que comporta la denegación del derecho de asilo solicitado”.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 2 de febrero de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0049/2001.

Ponente: D. Tomás García Gonzalo.

Voz: Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo presentada y formalizada en frontera. Estimación por no haberse notificado en plazo la resolución recaída sobre la solicitud de reexamen. Nacional de Colombia.

Resumen: “(...) la fijación del plazo de dos días en los artículos 5.7 de la Ley 5/1984, en su redacción actual dada por Ley 9/1994, y 21.1.b) del Reglamento (...), se enmarca dentro de un procedimiento administrativo especial en materia de asilo –cuando la solicitud se presenta en frontera– caracterizado por la celeridad, que es el procedimiento de reexamen de la inadmisión a trámite de la solicitud. Esta característica la vemos establecida expresamente en el hecho de que el plazo para presentar la solicitud de reexamen se establece por horas –veinticuatro– y su presentación determina la suspensión automática de los efectos de la inadmisión, ex artículo 5.7, párrafo segundo de la Ley 5/1984, y entendemos que es la totalidad del procedimiento la que está impregnada de esta agilidad esencial, lógica consecuencia de la especial situación en que se encuentra el solicitante de asilo al presentar su solicitud en frontera, pues tiene parcialmente limitada su libertad personal ya que «... permanecerá en el puesto fronterizo, habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello», como señala el propio artículo 5.7, con la consiguiente disponibilidad permanente para ser notificado del acto en el momento que considere oportuno la Administración.

Por tanto si consideramos que el cómputo del plazo se hace teniendo en cuenta la fecha de presentación, también deben incluirse en el mismo, y por las mismas razones, los días inhábiles. A la misma conclusión se llega analizando el tenor literal del artículo 5.7, párrafo segundo, de la citada Ley 5/1984, que dispone, como ya se ha recogido, que se notificará la

Asilo

resolución al interesado en el «plazo de dos días desde la presentación de la misma», haciendo alusión a un momento procesal concreto «la presentación» y no a un día, como inicio del plazo. A esta interpretación no resulta ajena la propia actividad administrativa que hace constar en sus resoluciones la hora y minuto en que se ha presentado la solicitud de reexamen y la hora y minuto en que se practica la notificación de la resolución desestimatoria del expresado reexamen, constatación que resulta inusual. Llegados a la conclusión de que el cómputo de los dos días que dispone la administración para notificar la resolución recaída a la solicitud de reexamen del acto acordando la inadmisión, debe entenderse referido en su inicio al momento de la presentación de la solicitud e incluyendo los días inhábiles, por lo que el incumplimiento en el supuesto de autos resulta patente, con la consecuencia automática que debe admitirse a trámite la solicitud de asilo; lo que conlleva la estimación del recurso.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª.

Fecha: 6 de febrero de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0432/2000.

Ponente: Dña. Margarita Robles Fernández.

Voz: Asilo. Denegación. Petición de reexamen. Nacional de Egipto.

Resumen: “El recurrente hace especial mención a las circunstancias socio-políticas existentes en Egipto, en relación a la población palestina y la persecución sufrida por los grupos de apoyo a ésta, pero las circunstancias de ese género, globalmente consideradas, aun cuando han de ser obviamente analizadas y valoradas, no son suficientes para deducir, sin más, una persecución individualizada, en la

que pueda fundarse la concesión del asilo y más cuando la situación de los palestinos tiene diversos matices en los diferentes países árabes. Es por ello que deviene ajustada a derecho la resolución impugnada. El propio ACNUR en su Informe se muestra contrario a la admisión a trámite de la solicitud formulada señalando que de sus alegaciones no se desprenden elementos indicando fundados temores de persecución por alguna de las causas previstas en el artículo 1.A de la Convención de Ginebra. El examen de lo actuado tampoco pone de relieve la concurrencia de razones humanitarias que tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2001 impongan el deber de autorizar la permanencia en territorio español de la recurrente, a pesar de haberse inadmitido a trámite su solicitud de asilo en aplicación concordada de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984 modificada en ese extremo por la Ley 9/1994 y el artículo 31.3 de su Reglamento, según redacción dada por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio. A la vista de lo expuesto debe desestimarse el recurso interpuesto.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 15 de febrero de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0860/2000.

Ponente: Dña. Pilar Teso Gamella.

Voz: Asilo. Inadmisión. Nacional de Sierra Leona.

Resumen: “(...) el soporte material, sobre el que la Administración fundamenta la inverosimilitud de los hechos alegados, no encuentra apoyo en el cuestionario (...) del expediente administrativo, pues, en primer lugar, dicho cuestionario no puede ser valorado por esta Sala, pues además de haberse remitido en inglés sin adjuntar su traducción, la parte recurrente responde acertadamente a algu-

Asilo

nas de las cuestiones planteadas y a otras de forma imprecisa. No apreciándose de forma evidente, como en otros casos sobre los que se ha pronunciado esta Sala, el desconocimiento de las citadas cuestiones básicas. Es cierto que hay otras cuestiones a las que no contesta, pero el grado de preparación y nivel cultural en el país africano de la recurrente no puede ser valorado con los mismos criterios que en un país europeo. En definitiva, en el presente caso la recurrente contestó a la mayoría de las preguntas –veinte preguntas de treinta y tres–, de forma correcta en algunos casos y de modo impreciso en otros, por lo que la ignorancia sobre cuestiones básicas de su país de origen no es manifiesta. Y aunque en algunos casos, esta Sala ha considerado manifiesta la ignorancia de estas cuestiones básicas, sin embargo en este caso no se aprecia con aquella rotundidad. En consecuencia, esta Sala considera que no concurre la causa de inadmisión prevista en el artículo 5.6.d) de la Ley 5/1984. Por tanto, procede la estimación del presente recurso contencioso-administrativo.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 15 de febrero de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1074/2000.

Ponente: D. Fernando F. Benito Moreno.

Voz: Asilo. Nacional de Argelia.

Resumen: “La situación política de un país, incluso en guerra civil, en sí mismo, no es causa para el reconocimiento del derecho pretendido, como tiene unánimemente reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y así ha sido recogida en innumerables sentencias de esta Sala. En concreto, la persecución proveniente no de las autoridades del país, o producto de un régimen político no respetuoso

con los derechos humanos, sino del temor a la actuación de grupos terroristas, como es el caso de cientos de ciudadanos que viven en Argelia, según ha declarado reiteradamente esta Sala, queda fuera de la protección otorgada por la Convención de Ginebra de 1951 y leyes españolas citadas para obtener el estatuto especial de refugiado. Si ello es así, cuanto más quien pertenece profesionalmente a un ejército que, por la situación política de Argelia, se ve obligado a hacer frente a un importante movimiento social-político-religioso que utiliza métodos violentos o terroristas causantes de innumerables muertes de personas, no puede basar como motivo de persecución el miedo a sufrir daño de esos grupos a los que tiene el deber de combatir, porque ello es una consecuencia del servicio y de los deberes militares. Y desde luego, la desertión del ejército, tampoco puede ser acogida como motivo para la solicitud de asilo, al quedar fuera de la protección otorgada por la Convención de Ginebra de 1951 y las leyes españolas para obtener el estatuto especial de refugiado, que comprende al extranjero que tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones o pertenencia a determinado grupo social, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país, situación que no concurre en el recurrente. La desertión es un delito castigado de acuerdo a la legislación interna de todos los países del mundo, alcanzando especial gravedad en situaciones de conflicto o de guerra civil. Cabe indicar, que no existe un reconocimiento legal o jurisprudencial del principio *in dubio pro asilado* o *in dubio pro refugiado*, antes al contrario, es al solicitante al que corresponde la carga de la prueba de encontrarse en las situaciones que se han dicho para acogerse a la protección pretendida. Así pues, es conforme a derecho la resolución administrativa que

inadmitió a trámite su solicitud del derecho de asilo, conforme al artículo 5.6.b) de la Ley de Asilo. Razones todas ellas que conducen a la desestimación total del recurso.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 22 de febrero de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1276/2000.

Ponente: Dña. Pilar Teso Gamella.

Voz: Asilo. Nacional de Gambia.

Resumen: “La parte recurrente narra en su solicitud de asilo la adscripción política de su padre y la detención de que fue objeto el recurrente, sin señalar los motivos concretos de la expresada detención, y si, en todo caso, obedecían a una persecución política, religiosa o étnica, o si, por el contrario, es fruto de la inseguridad general que se padece en su país de origen. Por tanto, no se aprecia la concurrencia de temor fundado de sufrir persecución, por alguna de las causas indicadas. Igualmente, el clima de inestabilidad que tiene lugar en Gambia y la negativa a prestar sus servicios en el ejército no constituyen, por sí mismos, causas para el reconocimiento del derecho de asilo, si a ello no se añade una persecución directa e individualizada contra la recurrente por razones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas. En este sentido, debe señalarse que el temor fundado de padecer persecución por las expresadas causas debe obedecer a un estímulo suficiente y acorde con el resultado de atemorizar que produce, pues la persecución debe revestir tal naturaleza que infunda temor a cualquier ciudadano. Además, respecto de la inestabilidad general que tiene lugar en su país de origen, la jurisprudencia del Tribunal Supremo –dictada en aplicación de la Ley 5/1984, antes de su modificación por la Ley 9/1994–

viene declarando (por todas, Sentencia de la Sala Tercera, Sección 6ª, de 4 de abril de 2000) que la situación de conflicto generalizado no es suficiente para el reconocimiento de asilo, pues no evidencia una persecución personal y directa que determine la aplicación de aquella institución. Pues bien, si dicha doctrina ha sido aplicada por el Tribunal Supremo en los casos de denegación del derecho de asilo, quiere ello decir que esa situación de conflicto generalizado, no constituye una causa de asilo, si no se concreta en una persecución personal, y por ello se faculta a la Administración a la inadmisión a trámite de las solicitudes en esos casos. La solución contraria determinaría que cualquier ciudadano, o todos ellos, de un país donde existen graves disturbios o una situación de inseguridad, pudieran acceder a la protección que dispensa el derecho de asilo por el hecho de acreditar ser nacional de dicho país, lo que iría en contra de esta institución, desnaturalizando su sentido y significado. En consecuencia, procede la desestimación del presente recurso (...).”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 22 de febrero de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1241/2000.

Ponente: D. Fernando F. Benito Moreno.

Voz: Asilo. Inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Nacional de Sierra Leona.

Resumen: “(...) la parte actora ha tenido la oportunidad de acreditar el extremo de la nacionalidad, puesto que la Sala acordó el recibimiento a prueba, y sin embargo ni siquiera lo intentó. Es por ello, que la recurrente, prescindiendo del auténtico motivo esgrimido por la Administración para la inadmisión a trámite de la petición de asilo, se

Asilo

limita a formular meras alegaciones sobre la situación general del país, de sobra conocida por la Sala, de las que no se deduce, además, la existencia de persecución personal y directa por razones políticas, étnicas o religiosas por parte de las autoridades del país, sino que su marcha de Sierra Leona tuvo por causa la guerra, como ha ocurrido a cientos de ciudadanos de ese país. Las circunstancias que justifican el otorgamiento del asilo, es el «temor fundado» a sufrir persecución individualizada y personalizada por razones de raza o ideología política o creencia religiosa, porque la situación política de un país, incluso en guerra civil, en sí mismo, no es causa para el reconocimiento del derecho pretendido, como tiene unánimemente reconocido la jurisprudencia, si no se concreta en una persecución directa y personal hacia el peticionario, situación que no se acredita ni indiciariamente. Así lo ha entendido también el ACNUR, en el informe que obra en el expediente, manifestando que tras haber realizado el correspondiente estudio sobre la solicitud del hoy recurrente de nacionalidad de Sierra Leona, no existe discrepancia con el criterio de inadmisión a trámite propuesto por la Oficina de Asilo y Refugio.

(...)

Cabe indicar, que no existe un reconocimiento legal o jurisprudencial del principio *in dubio pro asilado* o *in dubio pro refugiado*, antes al contrario, es al solicitante al que corresponde la carga de la prueba de encontrarse en las situaciones que se han dicho para acogerse a la protección pretendida. Todo ello, sin perjuicio de que al amparo de lo establecido en el artículo 17.2 la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, pueda solicitar la autorización a la permanencia en España, por razones humanitarias, a causa de la situación de guerra civil en su país, en el marco de la legislación general

de extranjería. Razones todas ellas que conducen a la desestimación total del recurso.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 22 de febrero de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0176/2001.

Ponente: Dña. Pilar Teso Gamella.

Voz: Asilo. Denegación. Petición de reexamen. Nacional de Cuba.

Resumen: “Los problemas de índole laboral, así como la discrepancia política con el régimen cubano que se deduce de su solicitud de asilo, no le hacen acreedor de la protección que dispensa la institución del asilo. En efecto, las cuestiones socioeconómicas y la mera discrepancia política del solicitante de asilo con el sistema político de su país de origen no es una causa que dé lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, ya que para obtener dicha protección se precisa una persecución del Estado, personal y directa contra el recurrente por las razones ya citadas, que le haga temer por su vida, su integridad física, o su libertad. Por tanto, los temores fundados de padecer persecución deben ponerse en relación con el estímulo producido para alcanzar ese temor, estímulo que no se aprecia en el caso examinado. En este sentido, los criterios de solidaridad, hospitalidad y tolerancia, a los que se alude en la demanda, en los que se inspira la regulación legal del derecho de asilo –según dispone la exposición de motivos de la Ley 5/1984– no resultan de aplicación cuando han sido razones sociales o de discrepancia política las causas que han determinado la salida del solicitante de asilo de su país de origen, pues la persecución que protege el asilo es, como ya hemos dicho, la que tiene lugar por motivos ideológicos o políticos, concretamente, por razón de raza, religión, nacionali-

dad, o pertenencia a grupo social o político. Por todo cuanto antecede, procede desestimar el recurso (...).”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 1 de marzo de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0034/2001.

Ponente: D. Fernando F. Benito Moreno.

Voz: Asilo. Inadmisión a trámite de petición de asilo y reexamen. Nacional Cubano.

Resumen: “(...) el recurrente es una persona que no ejerce militancia en grupo o partido prohibido por el gobierno cubano, no mantiene actividad política, y no ha sido encausado en procedimiento penal. En definitiva, del expediente administrativo, no se deduce la existencia de persecución individualizada hacia el peticionario con entidad suficiente para acogerse a una medida protectora como es el derecho de asilo. Sin embargo en la petición de reexamen, el hoy recurrente ofrece una versión distinta, afirmando que un tío suyo, por ser contrario al régimen, fue detenido en el año 1989, permaneciendo cuatro años en prisión, y por esa causa cuando estaba trabajando en un empleo fijo para el Estado el jefe del sector le indicó que estaba marcado como deficiente al régimen al visitar en numerosas ocasiones a su tío preso; que en el mes de noviembre de 1998 el compareciente fue detenido por armar una embarcación para huir del país. Aparte de la escasa credibilidad que pueda ofrecer esta nueva versión sobre la persecución sufrida en Cuba, al no haberse puesto de manifiesto en el momento de la petición de asilo, lo razonado anteriormente sirve también para este relato, del que no puede extraerse que los hechos por los que el recurrente puede sentir temor de volver a Cuba, sean de la suficiente gravedad como para cali-

ficarlos de auténtica persecución política como exige la Convención de Ginebra de 1951. Por todo ello ha de entenderse que los motivos alegados en la petición de asilo no están incluidos dentro de las causas de reconocimiento del derecho de asilo en los mencionados textos legales, y, consecuentemente, es conforme a derecho la resolución administrativa de inadmisión a trámite de la solicitud para la concesión del derecho de asilo, e igualmente la que desestimó la petición de reexamen, al subsistir los criterios que motivaron la anterior resolución.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 1 de marzo de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0054/2001.

Ponente: D. Fernando F. Benito Moreno.

Voz: Asilo. Petición de reexamen en frontera. Notificación de la resolución fuera del plazo de dos días.

Resumen: “Según se desprende del expediente administrativo, la petición de reexamen fue realizada fuera del plazo de dos días que (...) exigen para notificar la resolución recaída, en cuyo caso se produce la admisión a trámite de la petición de asilo realizada en cualquier frontera y la consiguiente autorización de entrada y de permanencia provisional en territorio español. Se trata de una consecuencia jurídica que la norma establece *ex lege* en caso de que la Administración incumpla el plazo fijado para la inadmisión a trámite de una solicitud de asilo presentada en frontera y del previsto para resolver una petición de reexamen, sin que se notifique dicha resolución al interesado, que va más allá del silencio positivo, en razón de la cortedad de unos plazos que están justificados, porque el interesado durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud de asilo, ha de permanecer

Asilo

«en el puesto fronterizo, habilitado al efecto, en unas dependencias adecuadas para ello», implicando una situación para el peticionario que humana y jurídicamente exige una pronta decisión, desde luego no compatible con los plazos ordinarios con que la Administración cuenta para resolver. En razón a ello y de la facilidad para practicar una diligencia de notificación a alguien que se encuentra perfectamente localizado y en disposición de recibirla las veinticuatro horas del día, la Sala viene interpretando, que el mencionado plazo de dos días para notificar el acto administrativo en que se resuelva la petición de reexamen, son días naturales. En el caso de autos, la resolución se notificó en el cuarto día. Razones todas ellas que conducen a la estimación del recurso (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 8 de marzo de 2002.

Recurso de Casación: 3786/1999.

Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez.

Voz: Asilo. Suspensión sobre denegación del reconocimiento de la condición de refugiado y derecho de asilo.

Resumen: “En orden a la infracción del contenido jurisprudencial en que se fundamenta el segundo aspecto del recurso de casación que se enjuicia, se ha de indicar que si bien es cierto que esta Sala viene admitiendo la existencia de perjuicios connaturales e inherentes en toda orden de expulsión, o cumplimiento del deber impuesto de abandonar el territorio nacional, para el extranjero no es menos cierto que la Sala *a quo* en el auto objeto de impugnación refleja un hecho, cual es que el recurrente no ha acreditado la concurrencia de perjuicios irreparables o de difícil repara-

ción caso de no accederse a la suspensión, y tal afirmación no ha sido adecuadamente combatida en el recurso de casación interpuesto y a tal declaración ha de estarse, por consiguiente, máxime cuando no obra en las actuaciones remitidas elementos probatorios de naturaleza, siquiera sea indiciaria, de cuanto se afirma, respecto de tales circunstancias. Tanto en el recurso de súplica como en el de interposición la parte anuda los daños y perjuicios de reparación imposible o difícil a la obligación de salir del territorio nacional, mas esta circunstancia no la considera esta Sala *per se* como motivo o razón invalidante de la ejecutividad de los actos administrativos que por aplicación del principio de autotutela administrativa de que gozan, procediendo no obstante haberse corregido la inadecuada fundamentación del auto objeto de recurso, en el particular antes enjuiciado, la desestimación del motivo.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 14 de marzo de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0844/2000.

Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas.

Voz: Asilo. Denegación. Nacional de Guinea Ecuatorial.

Resumen: “(...) esta Sala considera que la parte actora no ha aportado datos ni elementos de prueba que acrediten, aunque sólo sea de manera indiciaria, el hecho de la persecución alegada ni el temor fundado a padecerla. Así, salvo la copia del carné relativo a la pertenencia al Partido del Progreso el demandante no ha aportado ningún documento o elemento de prueba que sirva de respaldo a sus alegaciones sobre las detenciones y malos tratos que dice haber sufrido. Y tal falta de acredita-

ción no puede considerarse motivada por el hecho de que esta Sala denegase determinadas pruebas propuestas por el demandante, pues las pruebas denegadas tenían por objeto, en su mayor parte, recabar informes sobre la situación general en Guinea Ecuatorial y no estaban referidas a la situación personal del demandante y su familia. Sólo podría guardar alguna relación con la situación del demandante en su país de origen la prueba que tenía por objeto el libramiento de comisión rogatoria para que el Ministerio del Interior de Guinea Ecuatorial informase sobre los antecedentes penales y policiales del recurrente, pero ya expusimos en nuestro auto de 4 de julio de 2001 las razones por las que no procedía la admisión de dicha prueba. En cuanto a los antecedentes penales señalábamos entonces que podía haberlos aportado directamente el demandante; y a lo dicho en aquel auto procede añadir ahora que nada indica que el Sr. O.A. saliese de su país de manera precipitada y, más bien al contrario, consta en el expediente que cuando su hijo se encontraba ingresado en un centro hospitalario vizcaíno, el ahora demandante y su esposa se encontraban todavía en Guinea pues desde allí dirigieron a través de la prensa un comunicado recabando la ayuda y solidaridad del pueblo vasco (...).

Y en cuanto a los policiales, como dijimos también en el mencionado Auto de 4 de julio de 2001, es claro que los de carácter político no van a ser certificados ni reconocidos por el país al que se reprocha la persecución que se invoca en la solicitud de asilo. En cuanto a la delicada salud del hijo del demandante y el acogimiento del menor por una institución dependiente de la Diputación Foral de Vizcaya, son hechos que no resultan determinantes para la resolución favorable de la solicitud de asilo. Sí podrían ser invocados como fundamento de una petición de autorización de residencia en España por razones humanita-

rias, al amparo de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley reguladora del Derecho de Asilo, pero no procede que hagamos pronunciamiento sobre ello pues en la demanda no se formula una pretensión de esa naturaleza. En definitiva, no existiendo prueba o siquiera indicios de que haya existido una persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, debemos considerar ajustada a derecho la resolución que denegó el asilo pues, efectivamente, no concurre en este caso 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. Por las razones expuestas el presente recurso debe ser desestimado(...).”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 15 de marzo de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1124/2000.

Ponente: Dña. Pilar Teso Gamella.

Voz: Asilo. Inadmisión. Nacional de Argelia.

Resumen: “(...) los motivos que se relatan en la solicitud de asilo –sobre los problemas de terrorismo– resultan vagos y genéricos, carentes de precisión, y, además, no tienen otro apoyo, para fundamentar su solicitud de asilo, que sus propias manifestaciones, las cuales carecen, por sí mismas, del grado de detalle y coherencia indispensable para otorgarles un mínimo valor indiciario, pues la atenuación de la prueba en estos casos, a la que antes se ha hecho mención, no supone

Asilo

una exoneración, como ha declarado el Tribunal Supremo en STS de 7 de diciembre de 2000. Respecto a la pretensión de que se le otorgue el asilo por razones humanitarias, ex artículo 17.2 de la Ley de Asilo, esta Sala ha declarado, por todas Sentencia de 18 de junio de 1999, que de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo –Sentencia de 30 de marzo de 1993–, respecto de las razones humanitarias que regulaba en la Ley de Asilo antes de su modificación por Ley 9/1994, se precisa que para reconocer esta modalidad debe valorarse la situación del extranjero conforme al principio de solidaridad internacional proyectada sobre el valor de la dignidad humana, de forma que solo cuando entran en juego estos dos valores cabe hablar con fundamento de esta modalidad. En este sentido, el Consejo de Estado (...) entiende que para la contemplación de las razones humanitarias hay que atender a la situación anómala del país de origen conjugado con la conservación o dignidad de la persona y no a su mero desenvolvimiento o a la mejora de las condiciones personales en que pueda encontrarse un hombre, sin que sea procedente su otorgamiento cuando caben otras posibilidades tanto al amparo de la propia Ley 5/1984, como, en su caso, del régimen general de extranjería. La aplicación de tales directrices al supuesto de autos, revela que en el presente caso no concurren razones humanitarias que permitan autorizar la permanencia en España del recurrente, pues las razones de su llegada a España se relacionan con problemas de índole socio-económico a lo que se unen los graves conflictos que tienen lugar en su país de origen, por lo que no se aprecia la concurrencia de los presupuestos a los que la Ley de Asilo –artículo 17.2– anuda dicha autorización de permanencia. En consecuencia, procede la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 18 de marzo de 2002.

Recurso de Casación: 3182/1999

Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí.

Voz: Asilo. Suspensión. Medidas cautelares.

Resumen: “(...) en el caso que analizamos, la representación procesal del recurrente al solicitar la suspensión del acuerdo impugnado, no hace la más mínima referencia a la situación personal de su patrocinado y los posibles perjuicios que de la ejecutividad del acto recurrido pudieran ocasionarle, pues se limita a consideraciones de tipo general en orden al proceso cautelar sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio del *fumus boni iuris* y el daño irreparable; por ello, aunque hipotéticamente admitiéramos que la resolución judicial no está motivada y utilizáramos la facultad prevista en el artículo 88.3 de la Ley de esta Jurisdicción, tampoco podríamos estimar esta pretensión casacional por vía indiciaria, pues ni siquiera se ha alegado por el accionante que en el supuesto de regresar a su país de origen –al parecer de Etiopía– no esté salvaguardada su libertad, su integridad y su vida, que son precisamente los derechos que podrían justificar su pretensión cautelar.

Por otra parte, el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto se proyecta o manifiesta en el derecho a la jurisdicción, a la obtención de una resolución fundada en derecho y a la ejecución de las resoluciones judiciales, fue observado por el Tribunal *a quo*, pues este derecho constitucional en modo alguno supone o persigue la obtención de una resolución favorable a la tesis de la parte recurrente, de tal modo que la resolución puede ser incluso jurídicamente errónea sin que ello necesariamente implique un quebrantamiento del derecho de tutela judicial, aun cuando tal quebrantamiento puede producirse en el proceso

por otras razones distintas a la interpretación por el juzgador de la norma aplicable.

El segundo y tercer motivo de casación que como error *in iudicando* se invocan por el recurrente están íntimamente relacionados, pues, en ellos, en esencia, se repiten y reproducen las mismas argumentaciones, para impugnar, por vulneración del artículo 122 de la Ley Jurisdiccional la resolución recurrida, sin precisar en qué aspecto o concepto fue infringido aquel precepto, que permite al órgano jurisdiccional suspender la ejecutividad del acto impugnado, pues, según ya hemos indicado, para el Tribunal sentenciador no se probó por el demandante que la ejecución del acto recurrido pudo ocasionarle daños o perjuicios de imposible o difícil reparación; por lo que no se transgredió la letra y espíritu del mencionado precepto, por cuya razón procede rechazar estos motivos de impugnación.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 22 de marzo de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0372/2001.

Ponente: D. Manuel Fernández-Lomana García.

Voz: Asilo. Inadmisión. Nacional de Cuba.

Resumen: “Entiende la doctrina que el concepto de refugiado contenido en la Convención de Ginebra, exige la concurrencia de las siguientes notas: a) que el solicitante sea un extranjero o apátrida; b) que corra un auténtico riesgo, o posea un temor fundado de padecerlo; c) que la posibilidad de sufrir un daño sea debida a la ausencia de protección estatal existiendo persecución; d) que el temor fundado, resultante de la ausencia de protección estatal, tenga nexos con la raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo

social o las opiniones políticas; y e) que no concurra ninguna de las causas de cesación o exclusión legalmente previstas. Debiendo entenderse por «persecución», concepto que conviene aclarar en el caso de autos, la existencia de una conducta sistemática tendente a producir daño en la vida o derechos inherentes a la dignidad de la persona y dirigida contra un individuo o un grupo, por razones o motivos de raza, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Repárese, por lo demás, en que sobre el extranjero solicitante pesa la carga de exponer de forma detallada los hechos, en los que basa su solicitud. Pues bien, aplicando la precedente doctrina al caso de autos, es evidente, que no estamos ante un supuesto que pueda subsumirse en el concepto de refugiado de la Convención de Ginebra, por lo que la demanda debe ser desestimada.”

Véase en este sentido la Sentencia de la AN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de marzo de 2002. Recurso Contencioso-Administrativo número 376/2001. Ponente: D. Manuel Fernández-Lomana García.

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 22 de marzo de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0380/2001.

Ponente: Dña. Nieves Buisan García.

Voz: Asilo. Denegación. Petición de reexamen. Nacional de Colombia.

Resumen: “La crítica que la demanda efectúa del Informe del Alto Comisionado para los Refugiados, exige traer a colación el artículo 5.5 de la Ley de Asilo, a cuyo tenor es necesaria la comunicación a dicho organismo de toda petición de asilo, así como estar presente en las audiencias del solicitante y presentar

Asilo

informes al respecto, siendo preciso, en los casos de inadmisión a trámite su previa audiencia, audiencia que deberá constar justificada mediante la copia de la notificación dirigida al representante de dicho ACNUR en España (...). Y si bien el incumplimiento de dichas normas, o su no acreditación documental, implican la nulidad del acuerdo, tal y como ha declarado reiteradamente esta Sala en las Sentencias, entre otras, de 21 de enero y de 13 de junio de 2000, también lo es que, a tenor de múltiples pronunciamientos del Tribunal Supremo (Sentencias de 11 y 18 de marzo de 2000), tal obligación legal de la Administración se satisface con la mera comunicación al ACNUR de que se ha producido la solicitud del asilo, comunicación que, en cualquier caso, no tiene que ser necesariamente motivada o individualizada, sino que se estima suficiente a dichos efectos un mero listado, tal y como acontece en el supuesto enjuiciado, de donde resulta que dicho requisito ha de considerarse en el caso suficientemente cumplimentado. Las invocadas «razones humanitarias» a que asimismo se alude en la demanda, a tenor del artículo 17.2 de la Ley de Asilo, tampoco pueden ser tomadas en consideración, desde el momento en que ni siquiera se hace referencia por la actora a los conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso que la habrían obligado a abandonar su país y que permitirían adoptar la medida de permanencia en España (...).”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 22 de marzo de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0302/2001.

Ponente: D. Manuel Fernández-Lomana García.

Voz: Asilo. Inadmisión. Nacional de Rusia.

Resumen: “(...) la recurrente solicita se le permita residir en España por razones humanita-

rias, es decir, la aplicación del artículo 17.2 de la Ley de Asilo, aunque la recurrente utilice otra fundamentación jurídica –artículo 17 de la LO 4/2000–. Y lo hace al entender que dado que su hermano reside en España con permiso de residencia y trabajo debería serle permitida la residencia por razones humanitarias, pues otra solución implicaría la separación de la familia. Sin duda, la unidad de la familia constituye un argumento sólido para conceder lo solicitado por razones humanitarias (...). Por lo que entendemos que debemos autorizar su permanencia por razones humanitarias en el marco de la legislación de extranjería y en todo caso recordar a la Administración que, sin perjuicio de la aplicación del artículo 6 del Convenio de Dublín, el artículo 9 del mismo Convenio permite que por razones humanitarias –entre otras razones o motivos familiares– y por excepción, a instancia de otro Estado miembro y siempre que el solicitante consienta, su solicitud sea examinada por el Estado no responsable conforme a los criterios del Convenio (...). Procede, en consecuencia, la parcial estimación del recurso pues del examen de los autos se infiere que estamos ante un supuesto en el que existen datos suficientes para entender que existen los lazos de dependencia afectiva que permiten apreciar que existen razones humanitarias para justificar la autorización a residir –Sentencias del Tribunal Supremo de 5, 17 y 28 de diciembre de 1988–.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 22 de marzo de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0076/2001.

Ponente: Dña. Pilar Teso Gamella.

Voz: Asilo. Inadmisión. Nacional de Georgia.

Resumen: “En el caso examinado, la narración del recurrente que se contiene en su solicitud

de asilo, resulta imprecisa sobre la persecución personal y directa por razón de sus ideas políticas, y que ha conducido al recurrente a sufrir un temor personal de padecer persecución por tal causa. Igualmente resulta genérica la exposición de los motivos de su persecución, cuando el solicitante de asilo contesta a las preguntas (...) al definir la ideología y las razones de su afiliación política. Por otro lado, en la solicitud de asilo el recurrente alude a la «situación de anarquía de su país», que pretende cambiar. Pues bien, esta situación de inestabilidad general no es suficiente para reconocer el derecho de asilo. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo –dictada en aplicación de la Ley 5/1984, antes de su modificación por la Ley 9/1994– viene declarando (por todas, Sentencia de la Sala Tercera, Sección 6ª, de 4 de abril de 2000), que dicha situación de conflicto generalizado no es suficiente para el reconocimiento de asilo, pues no evidencia una persecución personal y directa que determine la aplicación de aquella institución. Pues bien, si dicha doctrina ha sido aplicada por el Tribunal Supremo en los casos de denegación del derecho de asilo, quiere ello decir que esa situación de conflicto generalizado, no constituye una causa de asilo, si no se concreta en una persecución personal, y por ello se faculta a la Administración a la inadmisión a trámite de las solicitudes en esos casos. Además, esas alegaciones, en que basa su solicitud el recurrente, no se acompañaron del más mínimo sustento probatorio y, aunque normalmente la forma en que se produce la salida, en estos casos, entraña una dificultad para acreditar estos extremos –consciente de ello la propia concesión de asilo no precisa de prueba sino que basta la concurrencia de «indicios suficientes» (artículo 8 de la Ley 5/1984)–, sin embargo cuando se basa la solicitud en unos hechos de la naturaleza de los alegados en la solicitud del recurrente, la propia documentación personal del

solicitante de asilo en la que constara su afiliación al partido hubiera concedido una cierta verosimilitud a su relato. Por todo cuanto antecede, procede la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 25 de marzo de 2002.

Recurso de Casación: 3619/1999.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Asilo. Inadmisión a trámite.

Resumen: “Según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (...) basta con que exista un principio de prueba de los perjuicios que pueden irrogarse al solicitante en el caso de que se deniegue la tutela provisional para que se tenga por verosímil lo por él alegado; de manera que no se exige –a esos limitados efectos de obtener una justicia provisional– una prueba plena de esos perjuicios, siendo suficiente con la mera probabilidad o verosimilitud de la concurrencia del hecho para que la medida solicitada deba concederse –siempre y cuando concurren las restantes circunstancias que la ley reclama como requisitos: *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, y siempre que, además, la ponderación de los intereses en conflicto permita otorgar prevalencia al interés del peticionario. Cuando esa misma jurisprudencia subraya que el otorgamiento de la medida cautelar no prejuzga el pronunciamiento de la cuestión de fondo está –implícitamente– dando por supuesto que, como regla general, en el juicio cautelar basta una prueba semiplena, un amago presuntivo, en suma: un simple principio de prueba; por el contrario, en el proceso en que se ventile la cuestión de fondo, ya no basta con eso, sino que es necesario una prueba completa. Así las cosas, en el caso que nos

Asilo

ocupa ese amago presuntivo de que antes hablábamos, esa prueba semiplena, puede admitirse que se da, aunque esto deba aceptarlo nuestra Sala partiendo de ese hecho público y notorio de la situación en que vive la República de Liberia, pese a que la parte recurrente, según hemos dicho, ha escatimado aportar los datos concretos que permitirían corroborar la conclusión de que su devolución a aquel país pondría en riesgo su vida, haciéndole verosímilmente sujeto pasivo de persecuciones de uno u otro bando. *Periculum in mora*, innegablemente se da, pues de no otorgarse la medida, habría que expulsarle antes de que la sentencia sobre el fondo pueda dictarse; y es claro también que la ponderación de intereses ha de inclinarse hacia la protección del derecho supremo que es el derecho a la vida. Queda el requisito del llamado *fumus boni iuris*. Ya hemos dicho que el tercer motivo del recurso trata este requisito de manera confusa y también confundente pues habla de protección de los derechos del más débil –que no se sabe qué tiene que ver con lo que aquí se trata–, limitándose luego –aparte de citar la legislación que considera pertinente– a afirmar que existe apariencia de buen derecho.

Debe insistirse en que la prueba semiplena que en el proceso cautelar se tiene por bastante, resultaría insuficiente en el proceso principal. Pero –dando por bueno que en ese proceso esa prueba se lograra–, es claro que el asilo habría de concederse por razones humanitarias. Viendo así el problema –y con ese condicionamiento insoslayable– puede admitirse que aquí y ahora –a los limitados efectos de la tutela cautelar solicitada– y sin prejuzgar la valoración que de los hechos y de su prueba haga la Sala de instancia en el proceso principal ni, por tanto, el pronunciamiento sobre el fondo– nuestra Sala entiende que ese requisito de la apariencia de buen derecho se cumple también, lo que nos lleva a la estimación del recurso.

Estimado el recurso de casación procede, «resolver lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate», que, para el caso, es determinar si puede otorgar la suspensión.

Y de lo razonado en lo que antecede es claro que nuestra Sala entiende que procede efectivamente anular los autos impugnados y declarar suspendida la vertiente positiva del acto de denegación de asilo: la habilitan a la Administración para dictar la orden de expulsión inherente a la denegación de admisión a trámite de la solicitud de asilo sin que ello suponga –volvemos a decirlo– prejuzgar en modo alguno lo que se resuelva en el proceso principal.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 3 de abril de 2002.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Asilo. Nacional de Togo.

Resumen: “(...) la legislación sobre asilo, tal como está regulada tanto en el Derecho interno español como en el Derecho internacional, dota al juez, no abierta y explícitamente, pero de manera suficientemente expresiva de un más amplio margen de libertad estimativa para valorar los datos de que dispone en un pleito sobre reconocimiento del derecho de asilo y de la situación de refugiado.

(...) a la Administración no le basta, simplemente con negar valor a lo que declara el solicitante sino que tiene el deber ético y también jurídico, y decir jurídico es decir algo más que derecho escrito, de hacer un esfuerzo de investigación por comprobar la certeza de las alegaciones y demás datos aportados por el interesado.

Asilo

Esto quiere decir, (...), en casos como el que nos ocupa, no basta con la mera comunicación al ACNUR sino que debe reclamarse de éste la información que le permita contar con datos ciertos sobre los que apoyar su decisión.
(...)

Por todo ello, y teniendo en cuenta que es doctrina reiterada de nuestra Sala que en materia de asilo y refugio las razones humanitarias de que habla la correspondiente legislación no exigen necesariamente que la persecución o riesgo de que se trate sea individualizada, esto es, específicamente referida a la persona del recurrente y de su familia, (...).

En el caso que nos ocupa (...) los indicios que aquí han quedado establecidos son de aquellos que permiten concluir que es cierto cuanto afirma el recurrente.

(...) no estamos ante indicios meramente indicativos de algo verosímil, sino ante indicios indicativos de una certeza. Y en consecuencia debe estimarse su recurso con anulación de los actos impugnados (...).

Debemos estimar y estimamos el recurso interpuesto por D.K.A. contra las resoluciones de 17 de noviembre de 1993, del Ministerio del Interior y de 1 de marzo de 1996, del Consejo de Ministros, que le denegaron el derecho de asilo por él solicitado y el reconocimiento de la condición de refugiado, resoluciones que anulamos por no ser conformes a Derecho. En su lugar debemos declarar y declaramos que el recurrente tiene derecho al asilo solicitado y a la condición de refugiado.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 12 de abril de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0663/1998.

Ponente: Dña. Pilar Teso Gamella.

Voz: Asilo. Inadmisión. Nacional de Liberia.

Resumen: “En el presente caso, a la vista del relato de la parte recurrente transcrito en el primer fundamento se colige que las razones que determinaron la salida de la recurrente de su país de origen no configuran ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, y por tanto, en estos casos la Administración está facultada para inadmitir a trámite su solicitud, ex artículo 5.6.b) de la expresada Ley reguladora del Derecho de Asilo. La parte recurrente narra en su solicitud de asilo los motivos de carácter personal –la ruptura con su novio y las amenazas de muerte del mismo– que han determinado la salida de su país de origen. Estas circunstancias no configuran ninguna de las causas que dan lugar a la protección que dispensa la institución del asilo. En efecto, los motivos aducidos en la solicitud no revelan que la recurrente haya sufrido una persecución en su país de origen, que esta persecución proceda de las autoridades de dicho país o que procediendo la persecución de otros grupos o personas el Estado haya promovido o permanecido inactivo ante la misma, y que la persecución tenga su origen en su raza, religión, nacionalidad o su pertenencia a grupos políticos.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 18 de abril de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0181/2001.

Ponente: D. Eduardo Calvo Rojas.

Voz: Asilo. Inadmisión. Nacionales de Colombia.

Resumen: “(...) si para el reconocimiento del derecho de asilo no resulta exigible una prue-

Asilo

ba absoluta y plena de los hechos alegados en la solicitud, pues es suficiente la aportación de indicios que hagan verosímil el hecho de la persecución o el temor fundado a padecerla, es claro que la exigencia probatoria debe ser más flexible aun cuando no se trata de resolver en cuanto al fondo la solicitud de asilo sino únicamente de su admisión a trámite. Partiendo de esta premisa, esta Sala considera que el recurrente aportó en su día un relato suficientemente pormenorizado de los hechos en los que basa su solicitud, y que dados los términos en que ésta aparece formulada no cabe afirmar de modo concluyente que tales hechos no sean subsumibles en ninguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951. En consecuencia, sin perjuicio del valor que en su día se otorgue –cuando se resuelva en cuanto al fondo la solicitud de asilo– a los datos y documentos aportados al expediente y a cualesquiera que puedan aportarse durante la tramitación del procedimiento, entendemos que los datos aportados por la solicitante deben considerarse al menos suficientes para admitir a trámite su solicitud de asilo. Por las razones expuestas el presente recurso debe ser estimado (...).”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 18 de abril de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0118/2001.

Ponente: Dña. Nieves Buisan García.

Voz: Asilo. Inadmisión. Nacional de Bielorrusia.

Resumen: “(...) la solicitante de asilo, al entrar en España, y como documentación, se hallaba provista de un pasaporte en el que figuraba visado de otro Estado de Schengen, cual es Portugal. Consta asimismo que dicha actora vino desde Bielorrusia a Portugal, país en el que entró con fecha de 4 de julio de 2000 y en

el que permaneció 32 días, llegando a España el siguiente 6 de agosto. Figura también (...) que si bien España solicitó a las autoridades portuguesas que asumieran la responsabilidad de tramitar la petición de asilo de la demandante (y la de su hijo) y en aplicación del artículo 11 del Convenio de Dublín, Portugal aceptó hacerse cargo del examen de la solicitud con fecha de 11 de octubre de 2000, decisión que fue comunicada a la actora el siguiente 27 de noviembre, sin embargo la recurrente manifestó su intención de no aceptar el traslado, quedando enterada de las consecuencias de su decisión (...). La Administración ha ajustado su decisión a Derecho, en razón a los extremos reflejados, que justifican la aplicación del artículo 5.2 del Convenio de Dublín, en relación con el apartado e) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984 reguladora del Derecho de Asilo, reformada por la Ley 9/1994, por lo que tal resolución ha de ser confirmada en esta sede judicial. Decisión que, en cualquier caso, excluye la posibilidad de conceder la permanencia en España por las razones humanitarias reguladas en el artículo 17.2 de la repetida Ley de Asilo, pues en definitiva el Convenio de Dublín (que en materia de asilo ha sustituido plenamente al Convenio de Schengen) no permite a los solicitantes elegir el lugar concreto en el que presentar su petición de asilo, sin que exista tampoco en el repetido Convenio mecanismo alguno que permita al solicitante impugnar la decisión de que su solicitud vaya a ser analizada por un Estado y no por otro. Decisión por último que, contrariamente a lo argumentado en la demanda, tampoco vulnera el derecho de tutela judicial efectiva de dicha recurrente pues precisamente una parte consustancial al funcionamiento del repetido Acuerdo es que la «tutela judicial efectiva» esté garantizada por los Tribunales del Estado miembro en el tratamiento de la solicitud de asilo. Por todo cuanto antecede, procede desestimar el recurso (...).”

Asilo

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 19 de abril de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0136/2001.

Ponente: Dña. Pilar Teso Gamella.

Voz: Asilo. Inadmisión. Nacional de Armenia.

Resumen: “De los tres requisitos (...), en su vertiente positiva, a las solicitudes de asilo –estar basadas en hechos o alegaciones veraces, verosímiles y con vigencia actual–, y cuya ausencia determina la inadmisión a trámite de la solicitud, ésta en su vertiente negativa, en el presente caso ha sido de aplicación el segundo, es decir, que los hechos en los que sustenta el relato contenido en la solicitud son inverosímiles. La inverosimilitud, en general, hace referencia a una ausencia de apariencia de verdad y, en particular, se conecta, en la Ley reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado y en el Reglamento de aplicación, al deber que corresponde al solicitante de asilo de colaborar con las autoridades para la comprobación de los hechos y alegaciones en que base su petición (...) así como de proporcionar un relato verosímil de la persecución sufrida (...). En el presente caso, concurre la expresada causa de inadmisión, pues la persecución que describe la solicitante resulta genérica respecto del origen de la misma. Es decir, los problemas que narra en su solicitud parecen deberse más a una concreta actitud de venganza y comportamientos de carácter mafioso, que a la pertenencia de la recurrente a una raza, religión, nacionalidad o grupo político o social. Por todo cuanto antecede, esta Sala considera que concurre la causa de inadmisión prevista en el artículo 5.6.d) de la Ley 5/1984.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 26 de abril de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0344/1999.

Ponente: D. Fernando F. Benito Moreno.

Voz: Asilo. Inadmisión. Nacional de Azerbaidjan.

Resumen: “(...) el actor en su solicitud de asilo alegó como motivo de persecución que debido a que pertenece a la etnia judía y ser minoría respecto de la musulmana, sufría persecución y tuvo que huir del país, sin que por este motivo fuera encarcelado. Concreta la persecución en que lanzaron en su casa una botella con mezcla inflamable y comenzó a arder, y que al acudir a la compañía de seguros a cobrar la indemnización ésta presentó cargos contra el solicitante acusándole de incendiar la vivienda de forma premeditada. Al ser citado al juicio huyó ante el temor de ser encarcelado. De los hechos relatados no parece deducirse una auténtica persecución por razones étnicas para acogerse a un derecho como el pretendido, sino más bien la existencia de una cuestión litigiosa con la compañía de seguros, al entender que el incendio podía haber sido provocado por el asegurado y que con la denuncia se pretendía estafar a la compañía, que puede resolverse en los Tribunales de Justicia como ocurre en cualquier país civilizado, pero que en ningún caso una citación para comparecer ante un órgano judicial por la comisión de un delito común, no puede servir para fundamentar un temor subjetivo de persecución por parte de las autoridades del país por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones o pertenencia a determinado grupo social, en el caso de que regresara al mismo. Los razonamientos precedentes permiten concluir, que no se ha acreditado, ni siquiera por la vía de los indicios suficientes, según exige el artículo 8 de la Ley 5/1984, que exista una persecución contra el solicitante, de manera que pueda temer por su vida o por el libre ejercicio de sus derechos fundamentales. Argumentaciones todas ellas que conducen a la desestimación total del recurso.”

Visados

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 26 de abril de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 0169/2001.

Ponente: Dña. Nieves Buisan García.

Voz: Asilo. Inadmisión. Nacional de Liberia.

Resumen: “Si bien es cierto que ha de exigirse a la Administración que explique las razones por las que ha denegado el asilo, a tenor del deber de motivación de los actos administrativos que impone el artículo 54 de la Ley 30/1992 y que se conecta con la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la CE, por la necesidad de que el administrado conozca el fundamento y las razones de la decisión administrativa, lo que es necesario para ejercitar su derecho de defensa y asimismo como garantía de control jurisdiccional de la actividad administrativa (artículo 106 de al CE), también lo es que la Jurisprudencia admite la llamada motivación *in aliunde*, es decir, la motivación mediante la incorporación a la resolución de los dictámenes e informes obrantes en el expediente (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1983 y 14 de octubre de 1985). Y así, en el mismo sentido hemos dicho que no existirá falta de motivación, cuando de un sucinto examen del expediente se infieran con nitidez las causas que justifican la inadmisión (Sentencias de esta Sección 1ª de 12 de mayo y 26 de noviembre de 1999 entre otras muchas). Pues bien, en el caso de autos, de una lectura conjunta del expediente y la resolución, se infiere que la Administración ha inadmitido la solicitud porque los hechos descritos no son causa de asilo conforme a la Convención de Ginebra, de donde se desprende que tal deber de motivación ha sido cumplido en este caso, pues el acto administrativo recurrido explica los elementos fácticos y las razones jurídicas que han sido tenidas en cuenta para resolver la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo. Por todo cuan-

to antecede, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto.”

VISADOS

Tribunal: Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 24 de diciembre de 2001.

Recurso Contencioso-Administrativo: 23/1999.

Ponente: D. José Daniel Sanz Heredero.

Voz: Visado de Residencia para trabajo por cuenta ajena al amparo del Contingente de 1998.

Resumen: “La resolución impugnada ampara la denegación del visado de residencia para trabajo solicitado, precisamente, en el informe o respuesta negativa del Ministerio de Asuntos Exteriores español, siendo lo cierto que del mismo no se tiene constancia alguna en el expediente administrativo remitido. Así las cosas, la ausencia del preceptivo informe impide a la recurrente su examen así como la posibilidad de acreditar o demostrar un eventual error del mismo, máxime si se tiene en cuenta que con anterioridad a dictarse la resolución ahora impugnada la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales ya había resuelto estimar la oferta de trabajo cursada al amparo del Contingente de 1998. Dicha falta de incorporación al expediente del expresado informe conlleva que estimemos que las resoluciones impugnadas carecen de la necesaria y adecuada motivación, lo que a su vez comportará la estimación íntegra del presente recurso; sin que sea procedente la retroacción de actuaciones a fin de aquella necesaria incorporación toda vez que, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sus

mayo de 1995, 20 y 27 de junio de 1997 y 11 de mayo de 1998, entre otras muchas, para supuestos análogos al presente, la carencia en el expediente de los informes a los que se refiere el artículo 51 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, que pudo solicitar la Administración, no da lugar a la nulidad del procedimiento por la ausencia de dicho trámite, ya que es imputable a la propia Administración.

Por todo ello, deviene necesario concluir en la disconformidad de la resolución impugnada con nuestro ordenamiento jurídico; debiendo tenerse presente que la concesión de un visado para residencia se debe entender sin perjuicio de la competencia de las autoridades dependientes del Ministerio de Interior para autorizar la entrada y otorgar, cuando proceda, el correspondiente permiso de residencia –artículo 23.7 del Reglamento–.

De los anteriores razonamientos se desprende la procedencia de la estimación del presente recurso; y a tenor del artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, no cabe apreciar temeridad o mala fe en las partes a efectos de una expresa imposición de las costas procesales.”

Tribunal: Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 27 de diciembre de 2001.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1177/1999.

Ponente: D. Alfredo Roldán Herrero.

Voz: Visado de Residencia no laboral.

Resumen: “Teniendo en cuenta que la expedición de visados de residencia no laboral no es una actividad reglada sino sujeta, entre otras causas, al interés del Estado español (art. 12.3 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio), las

autoridades consulares no estimaron prudente la admisión de un extranjero cuyas actividades parecen merecer como mínimo el calificativo de sospechosas si bien en este caso más referidas al esposo de la recurrente. (...)”

Ello motivó que esta misma Sala y Sección acordase (...) que tampoco procedía expedir visado de residencia al esposo de la aquí actora, y frente a ese criterio valorativo que hizo la Administración y que es lo que tenemos que revisar en sede judicial no puede invocarse derecho alguno a la presunción de inocencia por no estar en un procedimiento sancionador, ni plantearse problemas de indefensión formal por anomalías en las notificaciones, porque al fin y a la postre se hicieron y por eso estamos conociendo. Tampoco ha hecho la Administración calificaciones sobre el honor de nadie, se ha limitado a valorar datos objetivos partiendo del hecho de que el Estado español no está en absoluto obligado a recibir a un extranjero con demasiadas sombras en su vida. Lo dicho determina el rechazo de la pretensión (...).”

Tribunal: Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 14 de marzo de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 614/1999.

Ponente: Dña. Fátima Arana Azpitarte.

Voz: Visado de Residencia para trabajo por cuenta ajena dentro del Contingente de 1997. Consulado de España en Nador.

Resumen: “La concesión del visado viene marcada intensamente por la nota de discrecionalidad, estableciéndose así (...) que «se atenderá el interés del Estado español y de sus nacionales, en los términos previstos reglamentariamente», a lo que debe añadirse la no necesi-

Permisos de trabajo

dad de motivación de la denegación. La aludida discrecionalidad no impide, sin embargo, su control por parte de los órganos judiciales a través de los elementos reglados, de los hechos determinantes, de los principios generales del derecho, y en especial a través de los principios constitucionales. En el caso presente, según la resolución recurrida, la denegación del visado se produjo «por no cumplir con las condiciones establecidas en el Real Decreto 155/1996, para la expedición de visados de residencia en particular las relacionadas con: informe negativo de la Autoridad laboral o gubernativa». Sin embargo ni en el expediente administrativo, ni en el procedimiento consta incorporado dicho informe, – pese a haber sido expresamente solicitado al Consulado de Nador que denegó el visado, en periodo probatorio– por lo que se desconoce su contenido y el motivo por el que la Autoridad laboral ó gubernativa pudo emitir informe desfavorable, y en definitiva se denegó el visado, situación en la que no puede afirmarse que el visado haya sido correctamente denegado y situación que ha impedido al recurrente conocer el motivo exacto de la denegación y defenderse frente a él. De lo expuesto se desprende la procedencia de estimar el recurso con la consecuencia lógica de concesión del visado solicitado.”

PERMISOS DE TRABAJO

Tribunal: Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 11 de enero de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 157/2000.

Ponente: Dña. Clara Martínez de Careaga y García.

Voz: Permiso de trabajo. Renovación.

Resumen: “En apoyo de su pretensión anulatoria la recurrente, además de poner de relieve que lleva en España once años, siete de ellos trabajando por cuenta ajena sostiene la nulidad de pleno derecho de la resolución originariamente impugnada al no habersele notificado en forma el requerimiento cuyo incumplimiento ha sido determinante de la denegación de la renovación de su permiso de trabajo. Además solicita una indemnización (...) por los perjuicios que se le han causado al haberse visto obligada a dejar su puesto de trabajo.

Puede ya anticiparse que el recurso debe ser estimado parcialmente dado que, (...), el requerimiento remitido a la actora para que aportara determinada documentación que la Administración consideraba imprescindible para el examen del fondo de la solicitud formulada, cuyo incumplimiento fue la causa de la denegación de su solicitud, en realidad no llegó a ser notificado en debida forma a aquella, es por lo que resulta procedente anular la resolución originariamente impugnada por ser la misma contraria a derecho y, habiéndose aportado por la recurrente, con el escrito en el que se formuló el recurso ordinario contra dicha resolución, documentación acreditativa de que se encontraba al corriente en el pago del impuesto de actividades económicas, es por lo que procede concederle la renovación de su permiso de trabajo por cuenta ajena, en los términos solicitados.

Procede, asimismo declarar el derecho de la recurrente a la indemnización que por daños y perjuicios reclama, pues es claro que, al habersele impedido la continuación del trabajo que venía desempeñando como intérprete, tal impedimento es susceptible de producir una lesión patrimonial que debe ser reparada,

Permisos de trabajo

al ser la resolución administrativa que la causó contraria a derecho. Y ello porque no puede olvidarse que el trabajar sin el preceptivo permiso de trabajo constituía en el momento en que a la actora se le denegó, causa de expulsión del territorio nacional.”

Tribunal: Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª.

Fecha: 18 de enero de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 737/1997.

Ponente: Dña. Celsa Pico Lorenzo.

Voz: Permiso de trabajo. Trabajo de temporada.

Resumen: “(...) en el caso de autos, existe motivación de la Administración en orden a denegar la petición, en el sentido de que la autoridad laboral entiende que la existencia de demandantes de empleo de «peón» en las distintas oficinas de empleo de la provincia de Lleida comportan la existencia de mano de obra en la «zona geográfica» para las que se solicita el permiso conforme establece el artículo 76 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero.

Cuestión distinta es si la misma se ha desarrollado o no en los parámetros legales constituyendo la interpretación de las circunstancias que obstaculizan la concesión del permiso de trabajo tras la oferta nominativa de empleo.(...).

(...) niega la resolución la pretensión atendiendo a los informes emitidos por las distintas oficinas de empleo de la provincia de Lleida respecto al trabajo de peón agrícola a realizar (...). En la oficina de Lleida existían demandantes de empleo.

(...), las cartas dirigidas a ciudadanos españoles perceptores de la prestación por desempleo que se encuentran inscritos como demandan-

tes de empleo en oficinas del INEM obtienen una respuesta mínima cuando se ha ofertado empleo en el sector agrícola.

(...) no acreditándose de manera razonable que alguno de los inscritos como demandantes de empleo en la provincia de Lleida estuviesen dispuestos a trasladarse desde sus respectivos municipios (...) y evidenciándose (...) la necesidad de mano de obra en el sector agrícola en la provincia de Lleida, en las fechas a que se refiere el acto impugnado, no resulta ajustada a derecho la denegación sustentada en la existencia de demandantes de empleo en el sector y área geográfica.”

Tribunal: Sentencia del TSJ de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única.

Fecha: 1 de febrero de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1087/1996.

Ponente: D. César Tolosa Tribiño.

Voz: Permiso de residencia. Permiso de trabajo.

Resumen: “(...) el actor no ha acreditado su presencia física en España con anterioridad a la fecha de notificación de la denegación del permiso de residencia contra el que recurre. Ni el originario expediente de permiso de trabajo fue instado por el Sr. T., sino por su teórico empleador, ni la falta de formalización ulterior del permiso de residencia puede obedecer a otra causa que la ausencia del recurrente del territorio nacional. Debe destacarse que el propio empleador y su familia, parientes directos del demandante, como admite la propia demanda, reconocieron ante la autoridad policial española que don Y.L.T. no había efectuado su entrada en España, ni en marzo de 1992, (...), a fin de justificar la ausencia del informe preceptivo previo al otorgamiento del permiso de residencia, ni en noviembre de 1994.

Permisos de trabajo

No son en absoluto inverosímiles ni tachables de parcialidad tales declaraciones de los familiares, interesados, caso de encontrarse el interesado en nuestro país, en regularizar inmediatamente su situación, a fin de materializar la actividad laboral de éste al servicio del promotor del expediente del permiso de trabajo. También resulta ciertamente creíble, (...), la absoluta falta de interés del hoy recurrente para obtener el permiso de residencia, para el que contaba con todos los pronunciamientos favorables a su concesión, si no fuera por la evidente causa de que se lo impedía su ausencia del territorio nacional. Es impensable que el actor se haya encontrado en España durante más de cinco años, durante los cuales no se haya preocupado, en lo más mínimo, de los avatares de una solicitud cuya concesión era prácticamente automática, consintiendo la caducidad por agotamiento temporal de su permiso de trabajo, sin activar en modo alguno la concesión del de residencia, al menos que fuera por la más que convincente razón de que no podía hacerlo por estar fuera de nuestro país, (...).

El incumplimiento de este requisito es suficiente, de suyo, para entender acertadamente denegados los permisos de trabajo y residencia, por no acreditar el actor su estancia en España con anterioridad al 1 de enero de 1996 (...).

Ahora bien, tampoco ha cumplido el actor el requisito de haber obtenido previamente permiso de trabajo y residencia. Por las razones arriba expresadas, al permiso de trabajo no llegó a ser eficaz, pues no sirvió al propósito de que el autorizado llegase a trabajar en España, además de faltar el esencial complemento de la residencia legal, que es un hecho jurídico basado en un presupuesto de hecho físico, cual es la presencia material del interesado en nuestro país.(...).

(...) no se puede partir, en absoluto, de una situación originariamente regular que, transcurrido el tiempo, agotase sus iniciales efectos transformándose en una situación ilegal, sino que el recurrente nunca ha disfrutado de una situación legal en España, razón más que suficiente para confirmar los actos recurridos.

De entrada, el permiso de trabajo era ineficaz sin el complemento del de residencia y éste no llegó a ser concedido por causa imputable al actor, además de haber caducado aquél por el transcurso del tiempo. Por otra parte, la regularización no supone revisión de actos anteriores, sino evaluación de las circunstancias concurrentes en un momento dado. (...).

En el caso presente, el único permiso efectivamente otorgado fue el de trabajo, idóneo para permitir el ejercicio de actividades para las que se concede si va acompañado de residencia, el cual exige, lógicamente, la presencia material del afectado en nuestro país. De ahí que, a falta de tales requisitos la Administración pueda valorar, como de hecho ha efectuado, si concurren en el interesado las circunstancias que permiten su regularización, sin que tal evaluación suponga, en modo alguno, la revocación de actos administrativos inexistentes o caducados”.

Tribunal: Sentencia del TSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 13 de marzo de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1161/1999.

Ponente: Dña. Mª Azucena Recio González.

Voz: Permiso trabajo. Oferta de empleo. Contingente.

Resumen: “El establecimiento de contingentes (...) como medida de canalización de la inmigración laboral, responde a la necesidad

Permisos de trabajo

de graduar su llegada a este país en función de las necesidades de mano de obra de la economía española y de la capacidad de observación de la sociedad; y se encuentra previsto en el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, de 2 de febrero. El reglamento de ejecución establece en su artículo 70 que «El Gobierno podrá establecer un contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios, con objeto de garantizar la cobertura de aquellas ofertas de empleo no atendidas por el mercado nacional de trabajo para sectores y zonas geográficas determinadas»; y en el supuesto aquí analizado no consta que se haya cumplido el requisito expuesto, sino precisamente lo contrario: que la oferta de empleo no está comprendida en el desglose sectorial para el contingente del año 1999; (...).”

Tribunal: Sentencia del TSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 22 de marzo de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 472/2001.

Ponente: D. José Abellán Murcia.

Voz: Permiso trabajo. Disposición Transitoria 1 de la LO 4/2000, de 11 de enero.

Resumen: “(...) el actor, al tiempo de su solicitud, sólo cumplía, y no en su totalidad, con uno de los requisitos exigidos, cual es el de hallarse en España antes de 1 de junio de 1999. Pues, el pasaporte aportado acredita haber sido expedido por el Consulado de Marruecos en Algeciras el día 15 de mayo de 2000, lo que supone que su residencia en nuestro país no lo había sido de forma continuada.

Por lo demás tampoco se da el requisito fijado (...), al no acreditar haber sido titular de un permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en algún momento de los últimos tres

años anteriores a la entrada en vigor de la LO 4/2000; o bien haber solicitado dichos permisos en alguna ocasión hasta el 31 de marzo de 2000, inclusive. Pues lo único que aparece en dicho expediente es una solicitud de permiso de trabajo y residencia efectuada el 16 de mayo de 2000, posterior por tanto a la fecha límite antes referida.”

Tribunal: Sentencia del TSJ de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Fecha: 22 de abril de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 355/2001.

Ponente: D. José Luis Díaz Roldán.

Voz: Permiso de residencia en régimen laboral. Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero.

Resumen: “El artículo 1.1.3 del Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero dispone: «podrán ser documentados con un permiso de trabajo y residencia, los extranjeros que se hallen en España y cumplan los siguientes requisitos (...) ni tener proceso judicial penal en curso, salvo que el interesado acredite el archivo definitivo de la causa judicial o el sobreseimiento libre de las actuaciones». (...)»

No puede aceptarse la tesis de que dicho requisito vulnera el derecho fundamental de presunción de inocencia, recogido en el artículo 24.2 de la Constitución, porque no nos encontramos en un procedimiento sancionador y la no concesión del permiso de residencia temporal no obedece a la imposición de una sanción sino al incumplimiento de unas condiciones administrativas establecidas por la Administración en el ámbito de sus competencias.

Tampoco puede aceptarse que el citado precepto resulte contrario a la Ley 4/2000, de 11 de enero, porque lo que hace el Real Decreto en que se inserta es establecer el procedi-

Permisos de trabajo

miento de regularización de extranjeros que se encuentren en territorio español antes del día 1 de junio de 1999 y acrediten haber solicitado en alguna ocasión permiso de residencia o lo hayan tenido en los últimos tres años, previsto en la Disposición Transitoria Primera de aquella Ley orgánica, y, por consiguiente, puede establecer los requisitos que para ello estime conveniente, sin que por ello la exigencia prevista en el precepto analizado pueda entenderse que es contraria a dicha Ley.”

Tribunal: Sentencia del TSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 3 de mayo de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 392/2001.

Ponente: D. José Abellán Murcia.

Voz: Permiso de trabajo. Situación nacional de empleo.

Resumen: “La resolución objeto de este contencioso denegó el permiso de trabajo solicitado por el recurrente en razón de existir inscritos en el INEM como demandantes de empleo, con la profesión y características requeridas, un elevado número de trabajadores españoles, ya que, y aun cuando expresamente no se consignara en la resolución, obra en el expediente (...) oficio de la Dirección Provincial de dicho Instituto en el que se hace constar que en toda la provincia de Murcia existen (...) demandantes inscritos en la ocupación solicitada (...).

La parte actora combate tal resolución aduciendo que adolece de nulidad absoluta por falta de motivación, toda vez que no se especifica si los trabajadores inscritos como demandantes de empleo poseen las condiciones requeridas para el puesto de trabajo ofertado: peón recolector. A tal fin, y para acreditar la carencia de trabajadores de tales características, acude a la prueba testifical del ofertante

de empleo, así como a la documental, para que por la Dirección Provincial del INEM se certifique sobre este extremo: (...).

Lo acabado de exponer conduce a entender como ajustada a Derecho la resolución combatida, ya que el artículo 82.1.1 del Reglamento de 2 de febrero de 1996, a la sazón vigente, determinaba que se denegará el permiso de trabajo de tipo b (inicial) cuando lo aconseje la situación nacional de empleo, lo que supone el que hayan de ser tenidos en cuenta los trabajadores españoles o comunitarios inscritos como demandantes de empleo a la hora de conceder el permiso de trabajo, siendo procedente hacerlo sólo cuando resulte la carencia de mano de obra de aquella condición, lo que no ocurría en el presente caso.”

Tribunal: Sentencia del TSJ de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª.

Fecha: 31 de mayo de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 214/2001.

Ponente: D. José Antonio Montero Fernández.

Voz: Permiso de trabajo. Tarjeta de residencia, régimen comunitario.

Resumen: “De la documental presentada por la actora en vía administrativa, fotocopia del pasaporte, del Libro de Familia, partida de defunción de D. M.A.M., DNI de éste, acta de matrimonio coránico, tarjeta del INSALUD, cartilla del INSS, revalorización de la pensión de viudedad a favor de la actora, asignación de NIE, afiliación a la Seguridad Social, autorización de ocupación de vivienda del Ministerio de Defensa e ingreso de canon a Hacienda por la ocupación de vivienda ; ha de convenirse que de modo alguno se acredita la permanencia y estancia continuada. (...) se colige sin dificultad las continuas y reiteradas entradas y salidas de la actora a Ceuta desde Marruecos, exigiendo la normativa aplicable la

Reagrupación familiar

circunstancia de que dicha estancia y permanencia sea continuada, esto es, sin solución de continuidad con anterioridad a 1 de junio de 1999 (...).

Por lo demás la actora no se encuentra en el supuesto del artículo 2 del Real Decreto 766/1992, puesto que casada con un español, fallecido éste, el vínculo se ha roto, no existe ya matrimonio, y la presunción de convivencia matrimonial, que podría predicarse de la relación existente, no puede mantenerse una vez muerto el marido, que según consta se produce el 6 de octubre de 1994; a partir de dicha fecha no existe dato objetivo alguno de la permanencia, en tanto que los documentos que se le traslada a la actora de los diversos organismos públicos resultan insuficientes para que de ellos, en su exclusividad, derivar la necesaria acreditación de la estancia y permanencia con anterioridad a la fecha indicada.”

REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Tribunal: Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 14 de enero de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 1565/2000.

Ponente: Dña. Mª Jesús Vegas Torres.

Voz: Visado de Residencia para Reagrupación familiar.

Resumen: “Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo la Resolución del Consulado General de España en Tetuán de 11 de agosto de 2000 por la que se deniega la solicitud de visado de residencia para reagrupación familiar formulada por la recurrente, a favor suyo y de sus dos hijas, ante el Consulado General de España en

Tetuán en base en el informe negativo de la autoridad gubernativa por carencia de recursos económicos suficientes del reagrupante.

Para la correcta resolución de la problemática aquí suscitada convendrá tener presente que el sistema español de extranjería establecido por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, aplicable en razón a la fecha de la resolución impugnada, determina que el visado constituye el requisito normal de acceso al territorio nacional. La necesidad de obtener el visado se convierte en regla –artículo 23 de la LOE– y lo excepcional será no precisarlo; siendo expedido por las Representaciones diplomáticas y Oficinas consulares de España. (...) el artículo 23 de la Ley Orgánica mencionada exige para poder entrar en España hallarse provisto de pasaporte o documento de viaje que acredite la identidad y que se considere válido y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que se pretenda permanecer en España.

Sentado cuanto antecede es ya ocasión de examinar si la resolución impugnada es o no conforme a derecho. El motivo por el que la Administración deniega el visado es por estimar que no han quedado acreditados los recursos económicos del reagrupante. Efectivamente obra en el expediente administrativo el informe emitido por la Dirección General de la Policía de Málaga de fecha 13 de junio de 2000 en el que se hace constar que el reagrupante «se encuentra actualmente en paro, a la espera de cobrar el desempleo, no presenta medios económicos para reagrupar a su esposa y a sus 7 hijos». En sede jurisdiccional se ha presentado informe de vida laboral del reagrupante fechado el día 24 de agosto de 2001 en el que se hace constar que aquél estuvo de alta en el sistema de la seguridad social, régimen especial del mar, por lo que aquí interesa atendiendo a la fecha de la resolución impugnada, en los siguientes períodos: del 5 de julio de

Reagrupación familiar

2000 al 2 de enero de 2000; del 3 de enero de 2001 hasta el 1 de abril de 2001; del 2 de abril de 2001 al 30 de mayo de 2001 y del 1 de junio de 2001 al día 15 de junio de 2001, no constando nueva alta posterior. El examen del referido informe, si bien permite constatar que el recurrente estaba trabajando en la fecha en la que se dictó la resolución impugnada, no permite tener por acreditada que los familiares cuya agrupación se pretende dispongan de medios de vida suficientes para el tiempo que pretendan permanecer en España, motivo éste en el que, en definitiva, aparece fundamentada la denegación de los visados y que por lo expuesto no ha quedado desvirtuado en los presentes autos.

Lo expuesto determina la desestimación del presente recurso (...).”

Tribunal: Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 14 de marzo de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 504/2000.

Ponente: Dña. Fátima Arana Azpitarte.

Voz: Visado de Residencia para Reagrupación familiar.

Resumen: “Las resoluciones recurridas denegaron el visado en el caso de la esposa por no cumplir con las condiciones establecidas en el Real Decreto 155/1996 para la expedición de visados de residencia y en concreto por «existir indicios racionales de matrimonio de conveniencia», y en el caso de la madre por no cumplir con las condiciones establecidas en el Real Decreto 155/1996 para la expedición de visados de residencia y en concreto por «no justificar la dependencia económica del hijo, residente en España».

(...) es ya ocasión de examinar si las resoluciones impugnadas son o no conformes a dere-

cho. Para ello conviene traer a colación el artículo 23.2 del Reglamento ya aludido, el cual contempla la situación de petición de visado «por causa de reagrupamiento familiar», respecto de los extranjeros que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en el art. 54 y que lo soliciten para reagruparse con un familiar residente en España. El artículo. 54 prevé, entre otros, los siguientes familiares con derecho a reagrupación «El cónyuge siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, que no resida con el extranjero otro cónyuge y que el matrimonio no se haya concertado en fraude de Ley» [artículo. 54.2.a]; «Los ascendientes del residente extranjero cuando dependan económicamente de éste y si existen razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España» [art. 54.2.d].

En relación con la esposa, el motivo por el que la Administración deniega el visado es por estimar que existen indicios de matrimonio de conveniencia. Pues bien, presumiéndose en principio los matrimonios válidos y desplegando todos sus efectos, corresponde a la Administración la demostración de la existencia de un fraude de ley en cada caso; lo que se estima no sucede en el caso presente, fundamentándose tal apreciación en meras conjeturas.

Desde esta perspectiva, el contenido de la resolución impugnada se nos presenta como contraria a las más elementales reglas de la racionalidad y del buen sentido, carente de toda justificación y de una extrema arbitrariedad. Por todo ello, deviene necesario concluir en la disconformidad de la resolución impugnada con nuestro ordenamiento jurídico, debiendo recordarse que un Estado de Derecho, entre otras consideraciones, significa la exclusión de la arbitrariedad en todo tipo de relaciones jurídicas tanto públicas como privadas –artículo 9.3 de la CE–, debiendo en con-

Exención de visado

secuencia ser estimado el recurso interpuesto en relación a la esposa.

Por lo que se refiere a la madre del recurrente, el visado se denegó por no cumplir con las condiciones establecidas en el Real Decreto 155/1996 para la expedición de visados de residencia y en concreto por «no justificar la dependencia económica del hijo, residente en España». Dicha resolución debe estimarse conforme a derecho, toda vez que efectivamente no aparece acreditada tal dependencia económica, habiéndose aportado tan sólo en el expediente un documento que acredita la imposición de un giro postal por el reagrupante a su madre el 4 diciembre de 1999 por importe de 20.000 pesetas, es decir incluso de fecha posterior al dictado de la resolución denegatoria del visado; más aún del certificado (...) aportado (...), no puede tenerse por acreditado que el recurrente remitiera transferencias desde España a Marruecos para el sostenimiento económico de su madre, ya que lo único que consta en el documento es que el reagrupante, desde su cuenta, realiza transferencias a otra cuenta que mantiene él mismo en Marruecos. Además, según las propias manifestaciones realizadas por el recurrente en el recurso de reposición, su madre es viuda y tiene otros hijos menores de edad escolarizados en (...) Marruecos, no apreciándose en tal situación, la necesidad ni conveniencia de reagruparse con el mayor de edad residente en España.”

Tribunal: Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 17 de mayo de 2002.

Recurso Contencioso-Administrativo: 281/2001.

Ponente: D. Fernando de Mateo Menéndez.

Voz: Visado de Residencia. Reagrupación familiar. Nacional Marroquí.

Resumen: “En el caso que nos ocupa, la causa por la que se denegó el visado a la madre de la demandante es porque tenía diez hijos en Marruecos y no había acreditado la dependencia económica en relación con su hija. El artículo 28.1 en relación con el artículo 56.5 ambos del Reglamento de 1996, aplicable al caso que nos ocupa, exige como requisito para la reagrupación familiar que el familiar reagrupante residente en España cuente con medios de vida, garantías de asistencia sanitaria o vivienda suficiente para él y para los familiares que pretende reagrupar.

(...) ha quedado probado que la demandante tiene seis hijos residentes legales en España, quedando sólo dos hijas en Marruecos. Por otro lado, doña A.K. para la que se pretende obtener el visado de residencia tiene sesenta años de edad, y la dependencia económica respecto a su hija ha quedado acreditado con el dinero que recibía de sus hijos residentes en España debido a la situación de indigencia de aquella, así como el propio interés de la demandante para que su madre se reagrupe con ella al haber formulado el presente recurso contencioso-administrativo. Por tanto, se cumplen los requisitos para conceder el visado por reagrupación familiar.”

EXENCIÓN DE VISADO

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 1 de febrero de 2001.

Recurso de Casación: 7579/1996.

Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez.

Voz: Exención de Visado.

Exención de visado

Resumen: El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente. “(...) por tanto en el ejercicio de las facultades revisoras de esta Jurisdicción ha de estarse a la legalidad vigente en el momento de dictarse el acto impugnado, todo ello sin perjuicio de las posibles dudas de legalidad y constitucionalidad que pueda plantear la Orden de 11 de abril de 1996 en lo que al extremo relativo a la antigüedad del matrimonio para que dé lugar a la exención de visado se refiere, habida cuenta que esta Sala ha venido vinculando tal exención en los supuestos de arraigo familiar, tal es el caso de matrimonio con español o persona legalmente residente en España (...).

(...) sobre procedencia de exención de visado en los casos de arraigo familiar, y no discutiéndose en el caso de autos la realidad del matrimonio del recurrente con ciudadana española es claro que procede estimar el recurso (...) declarando el derecho del recurrente a la exención de visado solicitada (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 6 de marzo de 2001.

Recurso de Casación: 7957/1996.

Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén.

Voz: Exención de Visado. Nacional Rumano.

Resumen: “La sentencia de instancia, para apoyar su fallo estimatorio, deja constancia de que el demandante había contraído nupcias con una ciudadana española, y es con base en dicho hecho como aprecia la vulneración del artículo 14 de la Constitución.

Y el principal razonamiento utilizado para justificar la existencia de dicha vulneración se resume en lo siguiente:

– Que en el caso enjuiciado no se trata del derecho de los miembros de una unidad familiar a residir en un Estado al que son ajenos, cuando de un supuesto en el que uno de los cónyuges es nacional del Estado que pretende expulsar a su consorte.

– Que ese supuesto el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos –dice la sentencia de instancia– ha estimado que supone violación del principio de protección familiar que consagra el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (...).

– Que hallándonos ante derechos que sin discusión alguna se reconocen a toda unidad familiar, su desconocimiento por parte de la Administración, sin indicación de razón justificativa alguna, en el caso del matrimonio contraído por el recurrente con una ciudadana española conlleva una infracción del artículo 14 de la CE.

Con anterioridad, la sentencia había argumentado el rechazo de la excepción de inadmisibilidad que había sido opuesta por el Abogado del Estado sobre la base de falta de fundamentación jurídica de la demanda, haciéndolo de la manera que sigue.

Señaló que, a pesar de que la parte actora no había invocado adecuadamente la fundamentación jurídica que podía avalar su pretensión impugnatoria, la acertada intervención del Ministerio Fiscal había despejado el camino hasta el fondo debatido, y esto por haber vinculado conceptualmente la protección de la familia (art. 30 de la CE), mediante la reagrupación familiar, con el artículo 14 de la CE.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 18 de abril de 2001.

Exención de visado

Recurso de Casación: 9446/1996.

Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí.

Voz: Exención de Visado.

Resumen: El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente. “(...) la convivencia con un hermano que disfruta de permiso de residencia constituye una auténtica circunstancia excepcional determinante de la exención de visado, por tratarse de una situación de agrupación familiar entre hermanos; ahora bien en el caso que enjuicamos, el recurrente (...) se limita a señalar que sus dos hermanos llevan residiendo en España desde hace 17 años y la empresa en que trabaja uno de ellos ha solicitado sus servicios como maquinista, y en su escrito fundamental de demanda (...) sin hacer la más mínima alusión o referencia de que vino a España a convivir con sus hermanos con los que está integrado en familia. (...) según se deduce del Informe de la Policía, efectuó su entrada en España con un visado ordinario, válido por noventa días, que se extinguió meses antes de que se formalizara su petición de exención de visado (...) y por tanto no podía ser merecedor del trato de favor (...)”.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª.

Fecha: 18 de septiembre de 2001.

Recurso de Casación: 1008/1996.

Ponente: D. Antonio Martí García.

Voz: Exención de Visado. Circunstancias excepcionales.

Resumen: “En el caso de autos la actuación de la Administración ha de considerarse ajustada a la legalidad. En un primer momento, mediante la resolución de 3 de septiembre de 1993, confirmada posteriormente por la de 27 de octubre de 1993, deniega el permiso de trabajo solicitado por el recurrente –que se

encontraba legalmente en España al contar con visado de estancia válido durante noventa días– por entender que la actividad pretendida por el mismo no reportaba beneficios para la creación de un puesto de trabajo, inversiones, productividad, etc. Esta decisión fue consentida por el actor en cuanto no lo recurrió en vía jurisdiccional. Reiterada la petición de permiso por el recurrente, y caducado ya el visado de estancia que legitimaba su residencia en territorio español, entró en juego inmediatamente el artículo 50.2.a) del Real Decreto 1119/1986, que impone como presupuesto para la concesión de los permisos de trabajo por cuenta propia tipo D) la obligación de aportar el correspondiente visado para trabajar en España o la resolución de dispensa de dicha obligación legal. Como quiera que el actor no cumplió con dicho requisito la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dictó la resolución de 17 de enero de 1995 ahora recurrida denegando la concesión de permiso. Pero es que, además, en el caso de autos no concurren circunstancias excepcionales que justifiquen la exención del visado, no pudiendo considerarse como tales el que la actividad que el recurrente pretenda desarrollar sea más o menos ventajosa o conveniente lo que al parecer no sucede en este caso para nuestro país –salvando un supuesto extraordinario que pudiera afectar a los intereses públicos– o el que tenga en la actualidad una hija, sobre todo teniendo en cuenta que no la tenía cuando entró en España y que nada justifica en cuanto a que su esposa y madre se encuentren legalmente en España.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 2 de octubre de 2001.

Recurso de Casación: 4712/1997.

Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén.

Voz: Exención de Visado. Matrimonio.

Regularización

Resumen: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado. “La exigencia (...) de un período previo de matrimonio de tres años conculca el principio constitucional de protección a la familia (...) y se opone a lo establecido en el Código Civil que impone a los cónyuges el deber de vivir juntos (...). (...) nos reafirmamos en nuestro criterio de considerar el vínculo matrimonial, salvo supuestos de separación, como razón o motivo excepcional para dispensar el visado de residencia sin limitación o restricción alguna por el tiempo de duración del matrimonio.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 24 de octubre de 2001.

Recurso de Casación: 5904/1997.

Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí.

Voz: Exención de Visado. Nacional Argentino.

Resumen: El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado. “(...) concurren en el caso enjuiciado los presupuestos excepcionales que justificaron la estimación de la pretensión del actor, en cuanto que éste trabaja en Arrecife de Lanzarote, dispone de medios económicos suficientes y está casado con una española con anterioridad a que formalizase ante la Delegación del Gobierno la exención de visado.”

REGULARIZACIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª.

Fecha: 4 de junio de 2001.

Recurso de Casación: 9567/1995.

Ponente: D. Rafael Fernández Montalvo.

Voz: Regularización. Residencia habitual.

Resumen: “(...) los actos administrativos que se basan exclusivamente para denegar los permisos, como son el no hallarse el petitionerio en España antes el 15 de mayo de 1991, deben ser anulados, pues como reconoce la sentencia de instancia y resulta de la documentación obrante en autos, (...) puede entenderse que sí residía con habitualidad en territorio nacional desde la fecha indicada.

(...) la propia Administración, al rechazar la solicitud sólo por la falta de residencia habitual en España con anterioridad al 15 de mayo de 1991, parece haber considerado acreditado el segundo de los requisitos –contar con proyecto permanente y viable de explotación o desarrollo de actividad por cuenta propia– y lo cierto es, en cualquier caso, que la propia decisión administrativa margina del debate procesal esta segunda exigencia, respecto a la que no cabe apreciar ya, en el proceso, ninguna carga de acreditación por parte del demandante”.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª.

Fecha: 14 de junio de 2001.

Recurso de Casación: 8843/1995.

Ponente: D. Mariano Baena del Alcázar.

Voz: Regularización. Permiso de Trabajo y Residencia.

Resumen: “(...) el Tribunal *a quo* fundó la razón de decidir de su sentencia en que no se había acreditado el cumplimiento del requisito de disponer de una oferta de trabajo, cuando en realidad no era esto lo que debía ser enjuiciado ni el extremo al que se referían las alegaciones de las partes, pues la motivación del acto administrativo de denegación del permisi-

Regularización

so era la de no haber residido en España en el período correspondiente. (...) se alega por el recurrente que tampoco corresponde a la realidad que no se hubiera presentado oferta de trabajo (extremo que había sido aceptado por la Administración), pues se aportó primitivamente una oferta, si bien durante la tramitación del proceso fue aportada otra distinta de fecha posterior (...).

(...) como se desprende de los autos, el solicitante del permiso de trabajo y residencia cumplía en las fechas (...) tanto el requisito de haber residido en España antes del 15 de mayo de 1991, como el haber presentado una oferta de trabajo. (...) declaramos derecho del interesado a obtener los permisos de trabajo y residencia que solicita (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª.

Fecha: 3 de julio de 2001.

Recurso de Casación: 9586/1995.

Ponente: D. Antonio Martí García.

Voz: Regularización. Falta de informes.

Resumen: El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado. “(...) esta Sala en distintas ocasiones ha valorado resoluciones similares a la de autos, sobre denegaciones en permiso de trabajo, y no ha habido razón para un pronunciamiento de condena en costas. (...) la omisión del trámite, que la sentencia refiere como ineludible, no lo es tal (...), en los casos en los que la autoridad disponga directamente de la pertinente información y (...) además la parte recurrente en buena medida no la cuestionó pues lo que refirió y trató de acreditar no es que no hubiera trabajadores españoles en paro en el sector sino que éstos no eran especialistas en cocina búlgara”.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª.

Fecha: 17 de septiembre de 2001.

Recurso de Casación: 1762/1996.

Ponente: D. Mariano Baena del Alcázar.

Voz: Regularización. Requisitos.

Resumen: El Tribunal Supremo declara haber lugar a la casación. “El interesado aportó un certificado del Ayuntamiento de Valencia según el cual el 18 de junio de 1992 tenía domicilio en la ciudad desde hacía 18 meses, antes por tanto del 15 de mayo de 1991, y con anterioridad había presentado un certificado del cónsul del Reino de Marruecos en Barcelona según el cual residía en España desde 1990. Sin embargo posteriormente aportó otro certificado, del Ayuntamiento de Benifayó (Valencia), a tenor del cual residía en dicho municipio desde 1990.

A la vista de ello se considera en los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida, de una parte, que el certificado del cónsul de Marruecos carece de efectos en España y de otra, que el domicilio acreditado en la solicitud inicial no coincide con los declarados posteriormente. (...) se declara que la concatenación de fechas de los certificados hace que en la práctica no pueda tenerse por acreditada la residencia en España en fecha anterior al 15 de mayo de 1991. (...) al primer motivo de casación, éste debe admitirse. (...) por el Tribunal Superior de Justicia no se ha valorado la aportación como prueba de facturas y albaranes de mercancías para su venta ambulante, pero sin duda este extremo, debe ponerse en conexión con los pronunciamientos que se realizan sobre los certificados que acreditan la residencia en distintos municipios. Es decir, al no valorar aquellos documentos el Tribunal *a quo* no ha considerado el conjunto de las pruebas aportadas, lo que ha causado indefensión al no poderse apreciar que la dedica-

Homologación de títulos

ción a la venta ambulante es compatible con tener domicilios en más de un municipio. En consecuencia puede acogerse este primer motivo de casación.

Dicho recurso debe ser estimado por cuanto de una valoración conjunta de los elementos de juicio aportados se deduce que, dedicándose a la venta ambulante y con residencia en distintos municipios, el recurrente residía en España antes del 15 de mayo de 1991. Se cumplía por tanto el requisito de residencia que establece el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991, por lo que procede la estimación del recurso (...).

HOMOLOGACIÓN DE TÍTULOS

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 16 de octubre de 2001.

Recurso de Casación: 5784/1997.

Ponente: D. Fernando Martín González.

Voz: Homologación de Títulos. Título de Odontólogo obtenido en la República Dominicana.

Resumen: El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado. "(...) para la recta aplicación del Convenio de Cooperación Cultural celebrado entre España y la República Dominicana no se puede prescindir de la normativa interna, acorde con las Directivas Comunitarias a que se ha hecho mención, por lo que la homologación solicitada exige que la Administración lleve a cabo un control de equivalencia del título extranjero respecto del título español al que se pretende homologar".

Véase en este sentido la Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 16 de octubre de 2001. Recurso de Casación número 5786/1997. Ponente: D. Fernando Martín González.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 30 de octubre de 2001.

Recurso de Casación: 6198/1997.

Ponente: D. Nicolás Maurandi Guillén.

Voz: Homologación de Títulos. Título de cirujano-dentista obtenido en la República de Perú.

Resumen: El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado. En base "al artículo XI del Convenio de Intercambio Cultural celebrado entre España y Perú, procede determinar que para decidir la homologación solicitada, la Administración tenga que realizar un control de equivalencia del título extranjero respecto del título español al que se pretende homologar".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 20 de noviembre de 2001.

Recurso de Casación: 7739/1997.

Ponente: D. Juan José González Rivas.

Voz: Homologación de Títulos. Título de Pediatra en Argentina.

Resumen: El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente, declarando "el derecho del demandante a la homologación, previa la superación de una prueba sobre aquellos conocimientos básicos de la formación española requeridos para la obtención del título español de Médico especialista en Pediatría".

Homologación de títulos

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 22 de noviembre de 2001.

Recurso de Casación: 8393/1997.

Ponente: D. Juan José González Rivas.

Voz: Homologación de Títulos. Título de especialista en Ortopedia y Traumatología en la República Argentina.

Resumen: El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente. Reconoce la homologación del título especialista en Ortopedia y Traumatología autorizado por el Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires en la República Argentina al título español de Médico especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica, condicionada a una prueba de conjunto sobre aquellos conocimientos básicos de la formación española requeridos para la obtención del título especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 15 de enero de 2002.

Recurso de Casación: 10166/1997.

Ponente: D. Juan José González Rivas.

Voz: Homologación del Título de Electromechanical Engineer-Master of Science in Engineering al Título de Ingeniería Industrial, rama de electricidad, en España. Confirmación de la sentencia recurrida.

Resumen: “Para la parte recurrente, la conducta de un Estado miembro de la UE de permitir una homologación «más flexible» de títulos de países terceros, que de títulos expedidos en los Estados miembros, resulta claramente incompatible con los principios de confianza legítima, preferencia comunitaria y no discriminación, principios cuyo respeto exige que la homologación de títulos de países terceros esté sujeta, al menos, a idénticas

conclusiones a las exigidas para la homologación de títulos de los Estados miembros. En primer lugar, conviene señalar que la Directiva Comunitaria 89/48 CEE sobre reconocimiento de los títulos de enseñanza superior, además de no suponer regulación de principio básico alguno, ha sido traspuesto, como el propio recurrente reconoce, al ordenamiento español por el Real Decreto 1665/1991, que no resulta de aplicación al caso y, por consiguiente, las disposiciones en el mismo contenidas no pueden serle aplicables, debiendo regirse por el Real Decreto 86/1987, pues la regulación de la Directiva afecta a los nacionales de un Estado miembro que se proponga ejercer por cuenta propia o ajena una profesión que haya sido regulada en el Estado miembro de acogida (artículo 4) y en el artículo 5 podrá exigírsele al titulado comunitario una prueba de aptitud o realizar un período de prácticas cuando la formación recibida por aquel comprende materias sustancialmente diferentes de las cubiertas por el titular español requerido o cuando abarque en España una o varias actividades profesionales que no existan en esa misma profesión en el país de origen y estas circunstancias, en el presente caso, no se producen puesto que, como se advierte en el informe del Consejo de Universidades, tanto la duración de los estudios como las materias cursadas y su carga lectiva, pueden considerarse en líneas generales equiparable al título español por el que solicita homologación, ya que se trata de estudios comprensivos de un mínimo de seis cursos de duración en los cuales se contiene el núcleo fundamental de las asignaturas que podrían configurar las directrices propias del plan de estudios del título solicitado. (...)

Los razonamientos precedentes conducen a declarar no haber lugar al recurso de casación (...).”

Homologación de títulos

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 15 de enero de 2002.

Recurso de Casación: 10325/1997.

Ponente: D. Fernando Martín González.

Voz: Acceso a la homologación. Título de especialista médico obtenido en la República Argentina por el español de especialista en neurocirugía. Congruencia.

Resumen: “Los motivos tercero y quinto, invocados por el ordinal 4º del artículo 95.1 de la Ley de esta Jurisdicción, conjuntamente examinables, versan sobre la denunciada violación del Real Decreto 86/1987 y del artículo 2 del Convenio Hispano Argentino, con alegaciones referidas, de un lado, a que «hay razones para entender que tanto los títulos de especialistas médicos otorgados por una Universidad como los procedentes del Ministerio deben someterse al artículo 2 del Convenio», y a que no se puede someter a la recurrente a la prueba de conjunto prevista en la Orden de 14 de octubre de 1991, con la pretensión de que tal prueba deba constreñirse a los aspectos de formación sobre los que se aprecien carencias formativas, pero también dichos motivos son desestimables toda vez que lo que aportó la recurrente fue una certificación o certificado de especialista expedida por el Ministerio de Salud y Acción Social de la República de Argentina, y otras certificaciones e informes que no integran un título académico, sino más bien una autorización administrativa a determinados efectos, y que, obviamente, no son homologables al pretendido título académico español, puesto que, tal como recogen Sentencias de esta Sala como las de 17 de enero, 5 de junio y 17 de julio de 1996, 29 de enero de 1999, 24 de marzo de 1999, y tantas otras, en reiterada doctrina jurisprudencial, para poderse homologar un título es necesario que éste exista como título académico, cuyo carácter no puede conferirse a certificados expedidos por autoridades no universitarias a efec-

tos de convalidación en España en virtud del Convenio, cuyo artículo 1 se refiere expresamente a las Universidades y Centros de Estudios Superiores y Medios, siendo de aplicación la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (art. 32.2), el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, (art. 6), la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, para el caso de extranjeros, y el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, (art. 10), y siendo determinado el ámbito del Convenio por los términos utilizados en el Tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969), conclusiones a que llega una reiterada jurisprudencia que deniega la homologación por no haberse aportado un título suficiente a los efectos del Convenio bilateral, de modo que el acto originariamente impugnado, que deja en suspenso la resolución del expediente hasta que la interesada acredite la realización de la prueba prevista en la Orden de 14 de octubre de 1991, y que la sentencia recurrida en casación declaró ajustado a Derecho, no puede ser alterado o modificado, en el sentido pretendido en la casación, de restringir la prueba a los aspectos puramente formativos, en cuanto que a esa necesidad de prueba y al contenido de la misma, tal como la Orden la establece, ha de estarse en todo caso, lo que también impone la desestimación de dichos dos motivos. Al desestimarse los motivos del recurso de casación procede declarar no haber lugar a éste (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 17 de enero de 2002.

Recurso de Casación: 10322/1997.

Ponente: D. Ramón Trillo Torres.

Voz: Título de Médico Especialista en Tocoginecología argentino. Homologación no automática con

Homologación de títulos

título español. Requiere completar su formación en España o acreditar ejercicio profesional según reglamento.

Resumen: “Las innovaciones que se fueron produciendo en el procedimiento administrativo determinaron que la petición inicial basada en un título –el expedido por el Consejo de Médicos de la Provincia de Córdoba– se transformase después jurisdiccionalmente en la homologación de otro título –el emitido por la Universidad Nacional de Córdoba– que fue aportado al expediente sólo cuando se interpuso el recurso de reposición, al que se incorporaron también nuevos datos sobre actividades de formación y práctica médica de la demandante, que no fueron sometidos a examen de la Comisión Nacional de la Especialidad, a pesar de que ésta había dicho, al evacuar nuevo informe como consecuencia del trámite de audiencia dado a la interesada, que procedía darle ocasión de completar su formación en España o acreditar ejercicio profesional en los términos previstos reglamentariamente. Ha de añadirse a este conjunto de incidencias administrativas y jurisdiccionales que la Administración, en informe emitido por el Subdirector General de Especialidades en Ciencias de la Salud y Relaciones con Instituciones Sanitarias, con ocasión del recurso expresamente, señaló que la señora C. O. no había acreditado que, para la obtención del título de especialista expedido por la Universidad Nacional de Córdoba, hubiese recibido una formación distinta de la realizada para obtener el emitido por el Colegio de Médicos de la Provincia de Córdoba.

A la vista de este conjunto de circunstancias, resulta claro que la Comisión Nacional de Especialidades en ningún caso llegó a considerar suficiente la titulación presentada para dar lugar a una homologación sin condiciones

de la misma –que era lo pretendido por la demandante– si bien dictaminó en su segundo informe que debía reconocerse el derecho a completar su formación obstétrica o acreditar ejercicio profesional en la especialidad, con las consecuencias reglamentarias previstas. Es en función de este informe de la Comisión Nacional, por lo que debemos anular el acto administrativo impugnado, pero no para acordar una homologación que por las razones que hemos argumentado no puede fundarse en el automatismo patrocinado por la sentencia impugnada, basada en una doctrina jurisprudencial que después ha sido modificada por este Tribunal Supremo, sino para que complete la decisión denegatoria, concediendo a la demandante la posibilidad ofrecida por la Comisión Nacional de la Especialidad de Obstetricia y Ginecología en su informe de 25 de mayo de 1992. Por todo lo expuesto, (...) declaramos haber lugar al recurso de casación (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 22 de enero de 2002.

Recurso de Casación: 10348/1997.

Ponente: D. Juan José González Rivas.

Voz: Homologación del título de médico especialista en cirugía obtenido en Argentina por el equivalente español. Sujeción a la previa superación de una prueba de los conocimientos básicos de la formación española requeridos para la obtención del título español de médico especialista.

Resumen: “En consecuencia, en el caso examinado, el artículo segundo del Real Decreto 86/1987, por no acreditarse por la parte actora en el proceso contencioso-administrativo que la formación no guarda equivalencia con la que proporciona el título español correspon-

Homologación de títulos

diente, se somete a dicha parte a la superación de una prueba de conjunto sobre aquellos conocimientos de formación española necesarios para la obtención del título, siendo el artículo 10 del Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, la norma que regula la formación médica especializada y la obtención de título de Médico especialista, sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados y Convenios Internacionales, sin que resulten vulnerados los apartados 12 y 13 de la Orden de 14 de octubre de 1991, al ser inaplicables, por constar acreditada que la fecha de solicitud de homologación es anterior a su entrada en vigor. Así, resulta que la homologación en España se realizará respecto del título de Médico especialista obtenido en el extranjero, pero con arreglo a lo que establezcan las disposiciones conjuntas de los Ministerios de Educación y Ciencia y de Sanidad y Consumo, sobre la base de la relación pormenorizada de las actividades teóricas y prácticas y de los aspectos asistenciales desarrollados por el actor, que han sido insuficientemente acreditados ante la Administración española y que condicionan la homologación del título a una prueba sobre aquellos conocimientos básicos de la formación española requeridos para la obtención del título de Médico Especialista solicitado, como reconoce la sentencia recurrida, cuyos criterios procede confirmar, por no estimarse vulnerados los artículos 2, 4 y 6 del Real Decreto 86/1987. Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación (...)."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 4 de marzo de 2002.

Recurso de Casación: 3287/1994.

Ponente: D. Ramón Trillo Torres.

Voz: Homologación del título de alergólogo. No convalidación automática. Condicionada a la supera-

ción de una prueba de conjunto. Falta de incumplimiento del principio de igualdad. Cambio de criterio razonado.

Resumen: "En el sexto y último motivo de casación se aduce la infracción del principio de los «actos propios», que el recurrente entiende consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución y a su juicio se ha transgredido porque consta en el expediente una certificación fechada el 12 de noviembre de 1986 y expedida por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación y Ciencia donde se acreditó su derecho a la homologación controvertida, de manera que la Administración no puede negar lo que ella misma ha reconocido. La certificación a que alude el recurrente no le concedía ningún tipo de derecho adquirido a la homologación de un concreto título de especialidad obtenido en la República Argentina, como se acredita –sin ir más lejos– por el hecho de que, cuando se expidió, aquel no había obtenido aún esa titulación, sino que se limitaba a expresar un criterio interpretativo general de las normas jurídicas aplicables y los requisitos para obtener esa homologación, que fue posteriormente rectificado de forma expresa y motivada, por lo que no hay infracción de la doctrina de los propios actos. Procede que impongamos las costas a la parte recurrente, de acuerdo con el artículo 102.3 de la Ley de la Jurisdicción de 1956. Por todo lo expuesto declaramos no haber lugar al recurso de casación (...)."

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 11 de marzo de 2002.

Recurso de Casación: 1264/1995.

Ponente: D. Manuel Goded Miranda.

Voz: Homologación del título de arquitectura obtenido en la Universidad Piloto de Colombia.

Homologación de títulos

Resumen: “El primer motivo de casación, formulado, como los restantes, al amparo del número 4º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 (L.J.), alega infracción del artículo 4 del Convenio Cultural entre España y la República de Colombia de 11 de abril de 1953 (...). La parte recurrente mantiene que la convalidación de títulos que este precepto establece debe ser automática, sin que sea pertinente someterla a la realización de una prueba de conjunto sobre los conocimientos básicos de la formación española requeridos para la obtención del título, como ha exigido la sentencia de instancia. El artículo 4 del Convenio Cultural de 11 de abril de 1953 previene que se adopte por el presente Acuerdo la convalidación automática de títulos universitarios entre las dos Altas Partes Contratantes, de forma que quienes se encuentren en posesión de uno que les capacite para el ejercicio de la profesión en el país en que haya sido otorgado, podrán desempeñarla libremente en el otro, siempre que lo autorice la legislación y reglamentación interna del Estado en que haya de ejercerse la respectiva profesión. Como con acierto resulta de la sentencia de instancia, a pesar de que el precepto del Convenio Cultural menciona la convalidación automática de títulos, esta dicción se ve a continuación limitada, cuando se expresa que sólo podrá desempeñarse libremente la profesión de que se trate (en el presente caso la de Arquitecto) siempre que lo autorice la legislación y reglamentación interna del Estado en que haya de ejercerse la respectiva profesión. En este sentido, homologar un título extranjero a un título español supone que el interesado, poseedor del título extranjero, puede ejercer libremente en España la profesión respecto a la cual se ha producido la homologación del título, pero siempre que lo autorice la legislación y reglamentación interna del Estado en que haya de ejercerse la respectiva profesión, en el supuesto enjuiciado la legislación del Estado español.

Conforme a esta reglamentación, representada por el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, sobre condiciones de homologación de títulos extranjeros de educación superior, dicha homologación puede exigir la realización de pruebas de conjunto sobre aquellos conocimientos básicos de la formación española requeridos para la obtención del título, como establece el artículo 2 y resulta de la resolución del Ministerio de Educación y Ciencia de 13 de noviembre de 1992 y del dictamen emitido por el Consejo de Universidades en que la misma se funda. El motivo, por tanto, debe ser desestimado, al no apreciarse que la sentencia de instancia haya vulnerado el artículo 4 del Convenio Cultural de 11 de abril de 1953, sino que ha procedido a su aplicación e interpretación conforme al ordenamiento jurídico. Procede declarar no haber lugar al recurso de casación.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 18 de marzo de 2002.

Recurso de Casación: 1747/1997.

Ponente: D. Manuel Goded Miranda.

Voz: Homologación de diploma de tecnología aplicada, especialidad construcción de edificios, obtenido en el Instituto Kuwaití de Tecnología Aplicada de Kuwait.

Resumen: “Los motivos cuarto y quinto del recurso de casación, basados en el número 4º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, alegan infracción del Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, y aplicación indebida del Real Decreto 104/1988, de 29 de enero. La desestimación de estos dos motivos es el corolario de lo expresado al ocuparnos de los anteriores. Al no constituir el título o diploma cuya homologación solicitaba el Señor A.Z. un título de educación superior o universitaria, como declara probado la sentencia de instan-

Homologación de títulos

cia, no era aplicable para su homologación el Real Decreto 86/1987, que ciñe su ámbito a la homologación de los títulos extranjeros de educación superior, sino que la Sala de instancia debía atender, como efectivamente hizo, al Decreto 104/1988, sobre homologación y convalidación de títulos y estudios de enseñanza no universitaria. Procede declarar no haber lugar al recurso de casación (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 25 de marzo de 2002.

Recurso de Casación: 9592/1997.

Ponente: D. Manuel Goded Miranda.

Voz: Homologación del título de médico especialista en anestesiología obtenido en la República Argentina.

Resumen: “El quinto motivo de casación (...) se hace valer por aplicación indebida del artículo 14 de la Constitución, haciéndose referencia a las homologaciones a que se ha hecho alusión en vía administrativa, así como otras en casos idénticos que no se precisan. En todo caso, lo que no se razona es que las personas con quienes intenta compararse el recurrente hubiesen obtenido una resolución expresa de la Administración condicionando la homologación de sus títulos a la superación de una prueba teórico-práctica y hubiesen consentido dicha resolución, y, sin embargo, no se hubiese apreciado por la sentencia de instancia la concurrencia de causa de inadmisibilidad, por lo que, faltando un término de comparación adecuado, el motivo debe ser desestimado. Procede declarar no haber lugar al recurso de casación (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 25 de marzo de 2002.

Recurso de Casación: 9632/1997.

Ponente: D. Manuel Goded Miranda.

Voz: Homologación del título de médico especialista en pediatría obtenido en la República Argentina.

Resumen: “El sexto motivo de casación, (...) alega infracción de garantías procesales que, a juicio de la recurrente, le ha producido indefensión, al habersele privado de la práctica de la prueba propuesta, relativa a si la Administración concedió a don. J.M., doña. M.I.B. y don. M.A.R. la homologación de sus títulos de Médicos Especialistas obtenidos en la República Argentina; así como a todos los títulos de Médico Especialista obtenidos en la República Argentina que la Administración haya homologado a su equivalente español.

Para que la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales pueda dar lugar a la casación de la sentencia de instancia y a reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiere incurrido en la falta, es indispensable que dicha infracción haya producido indefensión para la parte (...). Por ello, si las pruebas que no se han practicado por la Sala de instancia ninguna influencia podían tener en la resolución del litigio, la decisión de no practicarlas es ajustada a derecho y no ha podido causar indefensión a la parte. Esto es lo que ocurre en el supuesto que enjuicamos, en el que la Sentencia de 15 de octubre de 1997, impugnada en casación, sería la misma aunque se hubiesen practicado las pruebas que se omitieron y denegaron, ya que ello para nada producía efecto en la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, que no dependía de que existiesen o no supuestos equivalentes en cuanto a la homologación del título solicitada, sino de la existencia de un acuerdo anterior consentido por la recurrente por no haber sido recurrido en tiempo y forma. El motivo debe ser desestimado. Procede declarar no haber lugar al recurso de casación (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 25 de marzo de 2002.

Recurso de Casación: 2027/1995.

Ponente: D. Fernando Martín González.

Voz: Homologación título arquitecto. Emigrantes e hijos de emigrantes. Nacionalidad española. Inscripción en Registro Civil.

Resumen: “Frente a tales razonamientos de la sentencia recurrida, que esta Sala comparte en su totalidad, no cabe invocar con éxito los motivos articulados sobre la base de que el mencionado interesado no tenía la nacionalidad española y que era la venezolana la que ostentaba, a los efectos pretendidos de excluirse de dicho régimen específico de convalidación de su título obtenido en Venezuela por el español correspondiente, toda vez que, no negada la concurrencia de los demás extremos determinantes de tal convalidación con arreglo al Real Decreto 1784/1980, de 31 de julio, aplicable por razón de la disposición transitoria del Real Decreto 86/1987, resulta de los «hechos», incontrovertibles en casación, por el carácter extraordinario y específico de este recurso, que aquel, al menos, era hijo de españoles, lo que a tenor de los artículos 1 y 3 de aquel Real Decreto, ya hubiera sido suficiente, puesto que aluden a españoles y a sus familias, y a la dependencia con emigrantes –lo que incluye a los hijos de españoles– pero es que, además, por aplicación de los artículos 17 y 23 del Código Civil, resulta incontrovertible que era español por serlo sus padres, por no concurrir renuncia expresa a dicha nacionalidad española, y por razón de que la pretendida nacionalidad venezolana la habría adquirido, en su caso, por motivo de emigración, acreditando la española por los medios que tuvo a su alcance, y subsanando las omisiones de referencia, máxime cuando la inscripción en el Registro Civil como español, que aquí concurre, implica presunción de certeza que, para ser

desvirtuada, requeriría una resolución judicial que denegara tal nacionalidad dejando sin efecto y anulando la inscripción, lo que aquí no se ha verificado, sin que quepa atribuir a la invocada ausencia de la inscripción marginal correspondiente en el acta de nacimiento, ocurrido, además en Venezuela, nada menos que la inexistencia o la pérdida de la nacionalidad española que, por la de sus padres, le corresponde, lo que impone la desestimación de los motivos de casación.”

DERECHO AL TRABAJO

PILAR CHARRO BAENA

Profesora TEU de Derecho del Trabajo
Universidad Rey Juan Carlos

Tribunal: Sentencia del TSJ de Madrid.

Fecha: 19 de octubre de 2000.

Recurso de Suplicación: 3759/2000.

Ponente: Dña. Concepción Rosario Ureste García.

Voz: Prestación por desempleo: extranjero excarcelado. Permiso de residencia y trabajo: caducidad durante la estancia en prisión.

Resumen: Un relato sucinto de los hechos que sirven de base a este interesante pronunciamiento sería el siguiente: Un nacional marroquí contaba con permiso de trabajo por cuenta ajena con validez hasta el 20 de junio de 1997, si bien permaneció en prisión en cumplimiento de sentencia firme del 15 de enero de 1997 al 30 de septiembre de 1999, fecha en la que fue puesto en libertad condicional al cumplir tres cuartas partes de su condena. En dicho momento, solicita subsidio de desempleo por excarcelamiento y prestación por desempleo, siendo denegada

Derecho al trabajo

esta última por Resolución de la Dirección Provincial de Madrid del INEM al ser un trabajador extranjero sin residencia legal en España. El Tribunal entiende que ha de tenerse en cuenta que el demandante poseía los pertinentes permisos de residencia y trabajo cuando ingresó en prisión, y aunque no pudo solicitar la renovación del permiso de residencia cuando se encontraba en esa situación, sin embargo estaba obligado a permanecer en España hasta la fecha de su libertad definitiva, es decir, “el propio ordenamiento jurídico le impone dicha permanencia que necesariamente habrá de calificarse de legal a los efectos pretendidos, y aunque desde un punto de vista estrictamente formal no hubiere solicitado la renovación del permiso anterior”. La conclusión contraria “abocaría a impedirle toda forma de subsistencia legal vedándole el acceso tanto a la prestación por desempleo –cuando reúne todos los requisitos para su concesión– como al trabajo mismo [...] mientras que las normas penales imponen su estancia en España, al menos hasta la libertad definitiva”.

Tribunal: Sentencia del TSJ del País Vasco.

Fecha: 13 de febrero de 2001.

Recurso de Súplicación: 3101/2000.

Ponente: Dña. M.^ª José Hernández Vitoria.

Voz: Prestaciones por desempleo. Desestimación. Español contratado al servicio de la Administración española en el extranjero.

Resumen: “(...) no toda diferencia de trato manifiesta discriminación, sino sólo aquella que tuviera causa torpe y que careciera de razonabilidad, lo que no es de apreciar, pues la no inclusión directa en la Seguridad Social de los trabajadores españoles que prestan servicios en el extranjero, obedece a consideraciones que afectan a las posibilidades económicas del sistema (...).

(...) la normativa sobre seguridad social que estaba en vigor al aprobarse la Ley General de Seguridad Social de 1974 no incluía en su campo de aplicación a los españoles que prestaban servicios en el extranjero y que el artículo 7, apartados 1 y 3, de dicha disposición condicionaba la inclusión de estos trabajadores a la promulgación de norma especial con tal objeto, que en este caso está constituida por el Real Decreto 2234/1981, aceptando la validez de la diferente regulación que en materia de acción protectora en él se establece respecto a los demás trabajadores incluidos en el sistema, al entender que, por razones económicas de éste y por la protección prestada a través de normas ajenas al propio ordenamiento de seguridad social interno español, así se justifica. Pues bien, esta interpretación debe ser seguida por este Tribunal Superior de Justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 123 de la CE, en la medida en que la normativa sobre seguridad social posterior al repetido Real Decreto 2234/1981 no ha alterado la regulación en él contenida.

Cabe añadir, por otra parte, que en la hipótesis de que aceptáramos la tesis del recurrente según la cual su caso ha de recibir diferente respuesta a la dada por el Tribunal Supremo en las sentencias referidas, por carecer de protección por desempleo en los países donde ha prestado servicios en el extranjero, cuando menos le sería exigible el requisito contenido en los artículos 208.5 de la LGSS y 11 del Real Decreto 625/1985 a los trabajadores que retornen a España por extinción de su relación laboral en país extranjero, es decir, la acreditación a través del «Instituto español de emigración» de que no tiene derecho a prestaciones por desempleo en el país donde ha cesado de trabajar. El recurrente no ha acreditado este presupuesto; por consiguiente, no ofrece razón de peso para podernos apartar del criterio sostenido por el Tribunal

Derecho al trabajo

Supremo en la citada jurisprudencia. Por cuanto antecede, se desestima el recurso examinado.”

Tribunal: Sentencia del TSJ de Cataluña.

Fecha: 28 de febrero de 2001.

Ponente: D. Jordi Agustí Juliá.

Voz: Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Trabajador marroquí. Inclusión en la cartilla sanitaria de dos hijos residentes en Marruecos. Estimación.

Resumen: “La Sala no acierta a entender por qué ha de resultar obstáculo a la inclusión en la cartilla sanitaria de sus dos hijos menores –como aduce el Instituto recurrente– el derecho que puede tener el demandante, en virtud del Convenio Hispano-Marroquí, a obtener asistencia sanitaria respecto de sus familiares residentes en Marruecos a cargo de la Institución de España, pero prestada por la Institución competente en dicho País, pues en aplicación de lo dispuesto en el artículo 41.1 del Reglamento CEE 2211/78, que aprueba el Acuerdo de Cooperación CEE-Marruecos, el trabajador marroquí que reside legalmente en España, siempre que mantenga su condición laboral, ha de ser tratado igual que un trabajador español a efectos de Seguridad Social, y como acertadamente se dice en el escrito de impugnación del recurso, una lógica y elemental hermenéutica de las normas aplicables señaladas, exige, que los hijos del emigrante titular de una cartilla sanitaria, que residen a su cargo en el país de origen, puedan, en sus visitas al cabeza de familia (durante períodos, por ejemplo, de vacaciones) hacer uso eventualmente de las prestaciones sanitarias en el país donde su padre reside habitualmente, trabaja, paga impuestos y cotiza a la Seguridad Social, en las mismas condiciones que con carácter general se establecen para aquellos trabajadores, que a diferencia de los

emigrantes, no se han visto obligados a desplazarse para hacer frente a una situación económica adversa. Los razonamientos precedentes conllevan la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.”

Tribunal: Sentencia del TSJ de Andalucía.

Fecha: 2 de marzo de 2001.

Recurso de Suplicación: 2038/2000.

Ponente: D. Francisco Javier Vela Torres.

Voz: Pensión de jubilación no contributiva. Nulidad de sentencia. Insuficiente declaración de hechos probados.

Resumen: Ha de concretarse si la actora –marroquí– ha trabajado legalmente en España o es familiar de trabajador marroquí que hubiera prestado servicios por cuenta ajena en España.

“(…) constituye un dato esencial para determinar si un súbdito marroquí con residencia legal en España tiene o no derecho a las prestaciones no contributivas el concretar si el mismo ha trabajado y reside legalmente en España o si es familiar de algún trabajador marroquí que haya prestado servicios en nuestro país, pues no basta la simple residencia legal para tener derecho a la prestación no contributiva solicitada; dato que no consta en el relato fáctico de la sentencia recurrida. En consecuencia, se ha producido un grave quebranto de lo previsto en el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, al no contener la sentencia de instancia los datos fácticos necesarios para poder resolver la cuestión objeto de litigio, por lo que se impone decretar la nulidad de la sentencia de instancia y de todas las actuaciones posteriores, con devolución de las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen, a fin de que el Magistrado

Derecho al trabajo

a quo subsane las referidas omisiones, concretando si la actora ha trabajado legalmente en España o es familiar de un trabajador marroquí que hubiera prestado servicios por cuenta ajena en España.”

Tribunal: Sentencia del TSJ de Galicia.

Fecha: 12 de mayo de 2001

Recurso de Suplicación: 4350/1997.

Ponente: D. Miguel Ángel Fernández Otero.

Voz: Seguridad Social de los trabajadores del mar: legislación aplicable. Trabajador nacional de un Estado miembro de la UE contratado por empresa española para prestar servicios en buque no nacional. Necesidad de que resida en España a efectos de la afiliación y alta en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

Resumen: Si bien con carácter general el Reglamento 1408/1971 CE establece, en su artículo 13.2.c), que la persona que preste su trabajo a bordo de un buque que enarbole el pabellón de un Estado miembro, estará sometida a la legislación de ese Estado, en su artículo 14 ter particulariza para aquellos que ejerzan una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque abanderado en un Estado miembro y que sea remunerado por esa actividad por una empresa que tenga su sede en el territorio de otro Estado miembro, el sometimiento a la legislación de este último Estado, si reside en su territorio. Por ello, resulta de aplicación la legislación española en materia de Seguridad Social y, por ende, procede el alta en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, de un trabajador de nacionalidad irlandesa contratado por una empresa española para prestar servicios en un buque abanderado en Gran Bretaña, que contaba con permiso de residencia en vigor y poseía la Libreta de Inscripción Marítima, y ello aunque no figurase inscrito en el Padrón correspondiente, pues lo que el “Reglamento

Comunitario exige [es la] residencia en el territorio, no el acto administrativo del empadronamiento, cuya omisión podrá acarrear sanción administrativa [...] pero no constituye una infracción del Orden Social capaz de obstaculizar el alta en la Seguridad Social de un trabajador por cuenta ajena, residente en España”.

Tribunal: Sentencia del TSJ de Cataluña.

Fecha: 16 de mayo de 2001.

Recurso de Suplicación.

Ponente: Dña. M.ª Del Pilar Rivas Vallejo.

Voz: Cotización en Estados miembros. Incapacidad permanente absoluta. Estimación. Súbdito marroquí. Son computables los periodos cotizados en otros Estados miembros de la Comunidad Europea por ciudadanos marroquíes a efectos de lucrar prestaciones por incapacidad permanente en el Estado español.

Resumen: “La magistrado *a quo*, (...) computa las cotizaciones realizadas en Holanda entre 1984 y 1987, y, en consecuencia, reconoce el derecho a la prestación, en aplicación del Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos, firmado en Rabat el 27 de abril de 1976, cuyo artículo 41.1 dispone que los trabajadores de nacionalidad marroquí se beneficiarán, en el sector de la Seguridad Social, de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a los propios nacionales de los Estados miembros donde estén empleados, y que se beneficiarán de la totalización de los periodos de seguro, empleo o residencia cumplidos en los diferentes Estados miembros, en materia de pensiones y rentas de jubilación, invalidez y fallecimiento. Y su decisión debe ser confirmada, pues la literalidad del precepto transcrito, correspondiente al Acuerdo de Cooperación UE-Marruecos, aprobado en nombre de la

Comunidad mediante el Reglamento (CEE) número 2211/78, del Consejo, de 26 de septiembre de 1978, por el cual se hacen extensibles los beneficios del principio de no discriminación por razón de nacionalidad a los súbditos nacionales del Reino de Marruecos, no deja lugar a dudas, pues, como tiene reconocido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entre otras, en Sentencia de 4 de mayo de 1999, Asunto C-262/1996, transcrita en la sentencia de instancia, el citado precepto tiene efecto directo a pesar de que el Consejo de Cooperación no haya adoptado medidas específicas. En consecuencia, tratándose en el caso de autos de una prestación expresamente incluida en el citado artículo 41, como es la de incapacidad permanente, deben ser de aplicación las mismas normas que regirán para cualquier ciudadano de la Comunidad Europea, y, por tanto, deben ser computables los períodos cotizados en otros Estados miembros de la Comunidad Europea por ciudadanos marroquíes a efectos de lucrar prestaciones por incapacidad permanente en el Estado español.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 22 de mayo de 2001.

Recurso de Casación: 2507/2000.

Ponente: D. Luis Gil Suárez.

Voz: Jurisdicción laboral. Competencia. Contrato de trabajo suscrito por guatemalteca con consulado de España en Los Angeles (California-USA). Aplicación de la normativa laboral del Estado de California. Falta de contradicción. Sala General. Votos particulares.

Resumen: “Ante la falta de prueba del derecho extranjero aplicable, como proclama la sentencia recurrida, la conclusión no puede ser la en ella decretada consistente en desestimar la demanda como consecuencia de imponer a la trabajadora demandante la obligación de pro-

bar un derecho extranjero que no había alegado y cuyo contenido discutía precisamente en el recurso de suplicación por dicha parte interpuesto y en tal concreto extremo estimado, sino que la solución de este problema, –conforme a la jurisprudencia de esta Sala antes referida, concordante con la jurisprudencia civil–, debe ser la de aplicar el derecho interno español para resolver el litigio. Esta solución es, por otra parte, la que se propugna doctrinalmente como la más acorde con la legislación comparada (normativa inglesa, italiana, suiza o austríaca) y con el principio de tutela judicial efectiva *ex* artículo 24.1 de la Constitución que impediría, una vez declarada la competencia de los tribunales españoles para conocer el litigio y determinado que la normativa aplicable es el derecho extranjero, el no resolver el fondo del litigio porque se ignorara la norma jurídica relevante para resolverlo, así como se defiende que en tales supuestos la aplicación a título subsidiario de la legislación española o *lex fori* respondería a un principio de vocación subsidiaria de tal ordenamiento interno. En consecuencia, el recurso de casación debería haber sido estimado en la forma expuesta, casándose y anulándose en el extremo impugnado la sentencia recurrida (...).”

Tribunal: Sentencia del TSJ de Andalucía.

Fecha: 5 de junio de 2001.

Recurso de Suplicación: 537/2001.

Ponente: D. Antonio Angulo Martín.

Voz: Subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Estimación. El INEM tenía que haber acreditado que las cotizaciones como trabajador agrícola no eran útiles a efectos del subsidio solicitado. Cotización en Francia.

Resumen: “(...) una vez que el actor ha probado haber cotizado como trabajador por cuenta

Derecho al trabajo

ajena en Francia, como trabajador agrícola, no se sabe si siempre como eventual o a veces como fijo, el Instituto Nacional de Empleo tenía que haber interesado de la autoridad competente de dicho país todos los datos concernientes a tales cotizaciones, demostrando, si en ello fundamenta su resolución, que tales cotizaciones no son útiles a efectos del subsidio solicitado según la legislación francesa por no comprender la cobertura de desempleo, asumiendo así una carga probatoria, en este caso sobre la eficacia de tales cotizaciones, que de no atenderse no puede operar en su favor, tal como mantiene la sentencia de este Tribunal –Sala de lo Social con sede en Sevilla– de 18 de marzo de 1992. La mera alegación de que en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social español no se cotiza por desempleo, lo que además no es exacto en cuanto a los trabajadores fijos, no es razón bastante, por cuanto se ha expuesto, para denegar el subsidio solicitado, y siendo ello así, precisamente por una incidencia contraria del principio de la carga de la prueba a aquella que se aplica en la Sentencia de instancia, se impone la revocación de esta y la estimación del recurso formalizado.”

Tribunal: Sentencia del TSJ de Madrid.

Fecha: 19 de junio de 2001.

Recurso de Suplicación: 494/2001.

Ponente: Dña. Concepción Rosario Ureste García.

Voz: Pensión de jubilación no contributiva. Residencia legal en España: incumplimiento.

Resumen: Aunque el Tribunal desestima el recurso de suplicación interpuesto por la actora contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 14 de los de Madrid de 3 de julio de 2000, que desestimaba la demanda formulada por una nacional peruana en reclamación de jubilación no contributiva, la Sentencia

reseñada resulta sumamente interesante desde el momento en que mantiene con rotundidad que el artículo 14, en sus párrafos 2 y 3 de la LO 4/2000, modificada por LO 8/2000, revela la clara voluntad del legislador de equiparar a españoles y extranjeros residentes en territorio español, reconociéndoles a estos últimos los mismos derechos en materia de Seguridad Social y servicios sociales. Aun así, puesto que el artículo 167.1 de la LGSS exige a los posibles beneficiarios de dicha pensión que “residan legalmente en territorio español y lo hayan hecho durante diez años entre la edad de dieciséis y la edad de devengo de la pensión”, no está limitando exclusivamente dicho requisito –el de la residencia legal– al momento de la solicitud, sino que también lo requiere para la totalidad del período computable, y dado que en la demandante el período de residencia legal en España ha sido inferior al de la residencia “de hecho” (que sí superaba los diez años), no puede declararse acreedora de la debatida pensión. Mantiene el Tribunal que la declarada equiparación de trato de todo extranjero residente al español “al entender de la Sala, libera a los afectados de cualquier exigencia de reciprocidad o de la necesidad de que existan tratados o cualquier otro tipo de acuerdos internacionales que les reconozcan el derecho a las pensiones no contributivas, tal como sucede con respecto a los nacionales de otros países”, aunque hubiese resultado más satisfactorio que se hubiese pronunciado expresamente acerca de la declaración tácita del art. 7.5 de la LGSS que limita dicha equiparación a determinados extranjeros.

Tribunal: Sentencia del TSJ de Madrid.

Fecha: 27 de junio de 2001.

Recurso de Suplicación: 1490/2001.

Ponente: D. Miguel Moreiras Caballero.

Voz: Extranjeros. Deportistas Profesionales. Licen-

Derecho al trabajo

cias federativas: incompetencia de la jurisdicción laboral.

Resumen: En esta Sentencia, el TSJ de Madrid estima de oficio la falta de competencia material de la jurisdicción del orden social para conocer y resolver sobre la cuestión objeto del litigio. En concreto, se trataba de una demanda en reclamación de tutela de derechos fundamentales presentada por un trabajador de nacionalidad eslovena, al que contando con los preceptivos permisos de residencia y trabajo, que le habilitaban para prestar labor profesional en territorio español como trabajador por cuenta ajena, se le había denegado la inscripción en la liga profesional como jugador comunitario. En primera instancia, el Juzgado de lo Social núm. 30 de los de Madrid había desestimado la excepción de incompetencia del Orden Jurisdiccional Social interpuesta por el Consejo Superior de Deportes, y entrando en el conocimiento y resolución del fondo del asunto litigioso, falló en sentido estimatorio de las pretensiones del demandante. Recurrida dicha sentencia en suplicación, y sobre la base de que el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción había dictado auto en fecha 14 de junio de 2001, resolviendo la competencia material para el conocimiento y resolución de “los litigios derivados de la concesión o denegación por parte del Consejo Superior de Deportes de las licencias para participar en las competiciones organizadas por la Liga Profesional Española a favor del orden contencioso-administrativo [...] procede la abstención de esta Sección de Sala en [este] recurso de suplicación”.

Tribunal: Sentencia del TSJ de Madrid.

Fecha: 29 de junio de 2001.

Recurso de Suplicación: 2272/2001.

Ponente: D. Benedicto Cea Ayala.

Voz: Jurisdicción Laboral. Competencia. Despido. Instituto de Turismo de España. Contrato laboral suscrito en Nueva York. Derecho aplicable: la legislación de EEUU y, en su defecto, la ley española.

Resumen: “(...) conforme se resuelve en Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de marzo de 1999, recurso 1962/98, dictada en unificación de doctrina, cuando el derecho extranjero aplicable –en el caso de autos, y en aplicación de las normas de conflicto contenidas en el artículo 10.6 del C. Civil, la legislación de EEUU– «no haya quedado probado con seguridad en el pleito, ha de aplicarse para resolver el litigio el derecho interno» –con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de fechas 11 de mayo y 21 de junio de 1989 y 23 de marzo de 1994, entre otras–; o como se dice en la Sentencia de esta Sala de fecha 7 de octubre de 1999, ya citada, con apoyo en la jurisprudencia del TS sobre el artículo 12.6, párrafo 2.º, del C. Civil, la carga de la prueba del derecho extranjero corresponde, con independencia de la posición procesal que ostente, a quien lo invoque en el juicio, sin que la ausencia de prueba conduzca a la desestimación de la demanda, sino a la aplicación de la ley sustantiva española, a menos, naturalmente, que la demanda formulara una pretensión sustentada exclusivamente en el derecho extranjero, con lo que, y con independencia de lo ya argumentado en el fundamento de derecho anterior, la no acreditación, a cargo del organismo demandado, del derecho extranjero que se invoca, debe conducir, conforme así se hizo en la sentencia de instancia –aunque con otras argumentaciones–, a la aplicación de la legislación española. Por todo lo razonado, el recurso ha de ser desestimado (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2001, Sala Segunda.

Fecha: 2 de julio de 2001.

Derecho al trabajo

Recurso de Amparo: 157/1998.

Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez.

Voz: Derecho Extranjero. Tutela judicial efectiva.

Resumen: Los demandantes venían prestando sus servicios con contratos laborales no sujetos a convenio en la Oficina Comercial de España en Pekín, del Ministerio de Comercio y Turismo. “La exigencia a la parte actora de la prueba del derecho extranjero conforme a la normativa vigente no se puede entender que produzca indefensión, al no resultar de imposible cumplimiento o impeditiva de la justificación de sus derechos o intereses legítimos (...).

(...) también carece de relevancia la pretendida vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 de la CE), puesto que en todo momento el debate procesal se circunscribió a la indefensión que las resoluciones judiciales causaron a las actoras al obligarles a probar el Derecho extranjero y no entró en la eventual discriminación de la que pudieron ser objeto con relación a otro trabajador en idénticas circunstancias, al ser la invocación de esta última (...) meramente circunstancial y de apoyo a los efectos de hacer prosperar la reclamación salarial pretendida y el reconocimiento de la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 de la CE).

(...)

La Sentencia de instancia, tras declarar que el Derecho aplicable en el caso de autos era el Derecho laboral chino (...), y que a las actoras incumbía la prueba de dicho Derecho, (...) que, al no haber quedado suficientemente acreditado el Derecho extranjero, se debía acudir a la legislación laboral española. Y en aplicación de esta última, (...) y teniendo en cuenta que había sido aceptada la existencia de las diferencias salariales reclamadas, procedió a la

estimación de la pretensión de las trabajadoras, reconociéndoles el derecho a percibir las cantidades reclamadas, no así las correspondientes a los intereses por mora también solicitados. (...)

En el supuesto enjuiciado lo cierto es que el órgano judicial impidió a la parte actora conocer la *ratio decidendi* de su resolución, es decir, las razones por las cuales se revocó la anterior decisión judicial, denegándole su derecho al cobro de las diferencias salariales pretendidas en contra, no sólo del reconocimiento de tal derecho efectuado por el Juez *a quo*, sino también del propio reconocimiento efectuado por la parte demandada de la existencia de la deuda contraída con las actoras, y todo ello contrariando, a la hora de aplicar la legalidad vigente, la doctrina sentada en la materia por el Tribunal Supremo de deberse estar, en defecto de prueba del Derecho extranjero invocado en el proceso, al Derecho español, según se desprende de una reiterada jurisprudencia.

En consecuencia hay que concluir apreciando la vulneración del derecho fundamental de las actoras a una tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 de la CE), lo cual conduce a la estimación del presente recurso de amparo”.

Tribunal: Sentencia del TSJ de Asturias.

Fecha: 20 de julio de 2001.

Recurso de Suplicación: 2695/1999.

Ponente: Dña. M.ª Eladia Felgueroso Fernández.

Voz: Cotizaciones en la Seguridad Social Española y en Alemania. Prestación de vejez. Porcentaje aplicable. Cálculo de la base reguladora: bases de cotización reales del asegurado antes de trasladarse al extranjero y mediante una actualización efectiva.

Resumen: “La cuestión litigiosa ha sido decidida por el Tribunal de Justicia de la Unión Euro-

pea (...) en las Sentencias de 12 de septiembre de 1996, de 9 de octubre de 1997 y en la de 17 de diciembre de 1998 y por el Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias de 9 de marzo de 1999, dictada en Sala General y la de 15 de marzo del mismo año, en el sentido postulado en el recurso, declarando que las bases reguladoras de las pensiones de invalidez permanente y de jubilación deben calcularse, no a partir de las bases medias de cotización de los últimos años trabajados por el interesado en el extranjero, procedimiento que impide el artículo 47.1.e), en su nueva redacción, sino a partir de las bases de cotización reales del asegurado antes de trasladarse al extranjero y mediante una actualización efectiva que tenga en cuenta la evolución del coste de la vida y los incrementos de las prestaciones de la misma naturaleza. Procede, en consecuencia, la revocación de la sentencia de instancia con acogida del recurso frente a ella articulado.”

Tribunal: Sentencia del TSJ de Castilla y León.

Fecha: 24 de julio de 2001.

Recurso de Suplicación: 1213/2001.

Ponente: D. Lope del Barrio Gutiérrez.

Voz: Subsidio de desempleo. Estimación. Lectora de español en el extranjero.

Resumen: “Contra la sentencia de instancia que estimando la demanda otorga a la actora subsidio por desempleo en razón a su actividad laboral como lectora de lengua extranjera –lengua española– llevada a cabo, en la Universidad de Ciencias y Tecnología de Lilles (Francia), durante el período 1 de septiembre de 1998 al 30 de agosto de 2000, se interpone por el Instituto Nacional de Empleo el presente recurso de suplicación, denunciándose en el único motivo impugnatorio articulado al efecto, infracción del artículo 215.1.1.c) del vigente Texto de la Ley General de la Seguridad Social

en relación con el Estatuto Jurídico del Trabajador Emigrante, ratificado por España el 29 de abril de 1980, por cuanto las funciones de lectora de español en el extranjero están expresamente excluidas del Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Emigrante; criterio que esta Sala no comparte, ya que, precisamente el artículo 1. en su punto 2.º del aludido Estatuto, enumera, en sistema de números «clausus», una serie de personas a las que no es aplicable y, entre ellas no se encuentra el «empleo remunerado» de lectora de lengua extranjera (hecho probado 1.º) y si bien se alude entre ellas a quienes «ejercen una profesión liberal», es indudable, que en tal apartado no cabe encuadrar a la actora. Lo precedentemente relatado aboca a la desestimación del recurso con la consiguiente confirmación de la sentencia atacada.”

Tribunal: Sentencia del TSJ de Cataluña.

Fecha: 5 de septiembre de 2001.

Recurso de Suplicación: 5950/2000.

Ponente: Dña. Ángeles Vivas Larruy.

Voz: Trabajador extranjero: falta de permiso de trabajo. Contrato de trabajo: efectos: nulidad total. Incapacidad Temporal: beneficiarios.

Resumen: En este caso en que el actor carecía de permiso de trabajo y residencia, a pesar de que había firmado con el empresario un contrato condicionado a la obtención de aquella documentación, inició la prestación de servicios, y aunque ese contrato pudiera considerarse nulo con las consecuencias que ello acarrea dentro del contenido jurídico de la relación laboral, debe entenderse que la protección de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales comprende al extranjero sin condicionamiento alguno, en virtud de lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Trabajo de 28 de diciembre de 1966 y la resolución de

Derecho al trabajo

la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968, que desarrolla el artículo 7.5 de la LGSS de 1966, señalando que respecto a extranjeros la reciprocidad se entenderá reconocida en todo caso en relación a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

Tribunal: Sentencia del TSJ de Murcia.

Fecha: 15 de octubre de 2001.

Recurso de Suplicación: 870/2001.

Ponente: D. Manuel Rodríguez Gómez.

Voz: Prestación familiar por nacimiento de hijo. Estimación.

Resumen: El esposo residía legalmente en España legalmente, en la fecha del hecho causante, si bien la esposa no tenía residencia legal en España, aun cuando se le permitía la estancia, ya que había cursado la solicitud de residencia por reagrupación familiar.

“Entrando en el fondo del recurso, efectivamente el artículo 4.2.a) del Real Decreto 1368/2000, de 19 de julio, que desarrolla las prestaciones económicas de pago único por nacimiento de tercer hijo o sucesivos y por parto múltiple, exige que los beneficiarios residan legalmente en territorio español en la fecha del hecho causante; disposición que, si bien no estaba en vigor en la fecha del hecho causante (7 de abril de 2000), ni en la fecha de solicitud de la prestación ni en la fecha de la resolución administrativa que denegó la petición (16 de junio de 2000), pues se publicó en el BOE el 29 de julio de 2000, viene a establecer unos requisitos idénticos a los fijados por el Real Decreto Ley 1/2000, de 14 de enero, que estableció determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, que es la normativa que aplica la resolución administrativa que denegó la prestación, siendo aplicada la primera disposición

citada por la resolución de la reclamación previa. Hechas estas advertencias, hemos de tener en cuenta que la normativa mencionada tiene como finalidad el apoyo a la familia, con base en las previsiones constitucionales, por lo que toda interpretación de sus normas ha de tener como meta una valoración esencialmente social, y es por ello, tal como ha realizado el Magistrado de instancia, que, si bien la esposa en la fecha del hecho causante no tenía la residencia legal en España, sí que se le permitía la estancia en territorio español debido a que ya había cursado la solicitud de residencia por reagrupación familiar (el esposo ya residía en España legalmente), en concreto hizo la misma el 13 de mayo de 1999, y en esta fecha concurrían los requisitos para la concesión, la que se obtuvo el 10 de agosto de 2000, por lo que la demora en la tramitación y resolución del expediente de residencia por la autoridad administrativa correspondiente, no puede provocar la privación del derecho a la prestación interesada.”

Tribunal: Sentencia del TSJ de Navarra.

Fecha: 22 de octubre de 2001.

Recurso de Suplicación: 76/2001.

Ponente: D. Víctor Cubero Romeo.

Voz: Protección de derechos fundamentales. Jurisdicción laboral. Incompetencia. Jugadora profesional de baloncesto. Licencia denegada por la Federación Española de Baloncesto a la actora, de nacionalidad polaca. Competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Resumen: “(...) la materia de concesión de licencias deportivas aún ligada al contrato de trabajo ha podido ser atribuida válidamente a un organismo en el que la administración ha delegado su potestad y función pública, y, por lo tanto, el control jurisdiccional sobre las controversias, que origina o puede originar la decisión de la entidad privada que actúa por

delegación en el ámbito administrativo, corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Consecuentemente a lo expuesto debe resolverse el actual conflicto a favor del orden jurisdiccional administrativo.”

Tribunal: Sentencia del TSJ de La Rioja.

Fecha: 27 de noviembre de 2001.

Recurso de Suplicación: 158/2001.

Ponente: D. Ignacio Espinosa Casares.

Voz: Trabajador extranjero: falta de permiso de trabajo. Contrato de trabajo: efectos: nulidad total. Incapacidad Temporal: beneficiarios.

Resumen: De nuevo, el Tribunal aborda la cuestión de si la situación administrativa del actor a la fecha del accidente –trabajador extranjero cuyos permisos de trabajo y residencia no habían sido siquiera tramitados– hace posible afirmar la existencia en ese momento de una relación de Seguridad Social válidamente constituida de la que quepa derivar la calificación de dicho evento como propio accidente de trabajo, las prestaciones inherentes a dicha calificación y la imputación de responsabilidad en cuanto a éstas. Siguiendo la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, y en aplicación del artículo 33.1 de la LO 4/2000, en su redacción inicial, concluye el Tribunal que el contrato de trabajo así celebrado deviene nulo de pleno derecho por imperativo de lo dispuesto en el artículo 6.3 del CC, en cuanto contraviene una normativa imperativa, de modo que la referida inexistencia jurídica acarrea la falta de presupuesto para cualquier operatividad de las normas reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social; todo ello sin perjuicio del derecho que tuviera el trabajador para reclamar de la empresa el pago de la remuneración correspondiente por los servicios prestados a la misma, como si se tratase de un contrato válido (art. 9.2 del ET).

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 27 de noviembre de 2001.

Recurso de Casación: 1051/2001.

Ponente: D. Antonio Martín Valverde.

Voz: Convenios Colectivos. Inaplicación. Relación contractual de trabajo. Trabajadora española, prestando servicios en Holanda por cuenta del Instituto Español de Emigración. Sumisión al régimen laboral holandés. Traslado a Bruselas con dependencia de otro departamento ministerial. Inaplicación del convenio colectivo único del personal laboral de la Administración española. Falta de contradicción.

Resumen: “Como informa el dictamen del Ministerio Fiscal, no existe contradicción entre la sentencia recurrida y las aportadas para el juicio de contradicción que abre la puerta al fondo del asunto en este especial recurso de casación unificadora. En ninguna de las sentencias de contraste se da la circunstancia de sumisión expresa a la legislación de un país comunitario, con la consiguiente aplicación de los artículos 3.1 y 6.2 del Convenio de Roma, suscrito en el marco de la Comunidad Europea sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Además, en los casos de las sentencias aportadas para comparación, salvo en la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de enero de 1998, el contrato de trabajo fue suscrito en España y no en el extranjero como en la sentencia recurrida, circunstancia relevante a efecto de la aplicación del artículo 1.4 del Estatuto de los Trabajadores. En cuanto a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de enero de 1998 no consta el dato del lugar de celebración del contrato, aunque sí el de un documento preparatorio suscrito en Madrid en el año 1974. De todas maneras la disparidad de esta sentencia con la recurrida es evidente; además de la inexistencia en el asunto de cláusula de sumisión a legislación extranjera, el supuesto de hecho es el de una persona contratada para prestar

Derecho al trabajo

servicios en diversos países no comunitarios, con lo que el fundamento o causa de pedir de la pretensión ejercitada era necesariamente distinto, al no ser de aplicación en ella el citado Convenio de Roma. En conclusión, el recurso pudo ser inadmitido en trámite anterior, y debe ser desestimado en este momento de dictar sentencia.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Constitucional 33/2002, Sala Segunda.

Fecha: 11 de febrero de 2002.

Recurso de Amparo: núm. 4061/1998.

Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez.

Voz: Derecho Extranjero. Tutela Judicial efectiva.

Resumen: En el recurso de amparo, promovido por doña Rosemary Jane Sinclair Reid contra el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 1998, que inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de octubre de 1997, por la que se desestima el recurso de suplicación contra Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Madrid, de 8 de noviembre de 1996, recaída en proceso sobre despido. Ha comparecido Reuters Television Limited y Reuters España, S.A.

II. Fundamentos jurídicos

6. Pues bien, trasladando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa, procede declarar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción en orden a la obtención de una resolución sobre el fondo, en la medida en que, tanto el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia, interpusieron un óbice inexistente que impidió de forma no razonable la adopción de una resolución sobre

el fondo de la pretensión. En efecto, ante la falta de prueba del Derecho extranjero (que era la normativa que ambos órganos judiciales consideraban aplicable al caso) se optó por no resolver sobre la pretensión deducida por la actora (calificación de su despido), evitando, además, hacerlo a través de la aplicación subsidiaria de la *lex fori*, es decir, de la legislación laboral española. Ahora bien, tal óbice (falta de prueba del Derecho extranjero) resultaba inexistente, puesto que al ser la parte demandada la que había invocado el Derecho inglés era a ella (y no a la actora) a quien correspondía acreditar su contenido y vigencia, conforme a lo dispuesto en el entonces vigente art. 12.6 del Código Civil (hoy sustituido por la normativa establecida en el art. 281 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). A pesar de ello le fue exigida a la parte actora su prueba, sin darle en ningún momento la oportunidad de llevarla a cabo a través de los cauces procesales oportunos, y ligando a la falta de acreditación del contenido y vigencia del Derecho inglés la desestimación de su pretensión (en el caso del Juzgado) y la inadmisión de la demanda, aunque a través de Sentencia (en el caso del Tribunal Superior de Justicia). Es obvio, pues, que a la parte actora le fue negada de forma no razonable una resolución sobre el fondo de su pretensión (en forma semejante al caso enjuiciado en la STC 10/2000, de 31 de enero, FJ 2).

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 4061/98.

“(…) Es más, estimo que las Sentencias de los referidos órganos han recibido el aval de las posteriores sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 y 25 de mayo de 2001, dictadas en sendos recursos de casación para la unificación de doctrina, que resuelven

en sentido en todo coincidente con el de las Sentencias aquí recurridas, las cuestiones relativas a la aplicación de la norma española de conflicto del artículo 12.6 del Código Civil (hoy artículo 281 de la LEC, Ley 1/2000), a la imputación de la carga de la prueba del derecho extranjero, cuando es, o debe ser, el fundamento de la pretensión actora, y a las consecuencias de la falta de prueba, cuestiones a mi juicio, de mera legalidad ordinaria, en cuya interpretación y solución el Tribunal Supremo actúa desde la posición constitucional de «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales», que le atribuye el art. 123 de la CE.

(...). La explicación mediante la que se produce aquella conversión de lo sustantivo (sentencia de fondo) en procesal (sentencia de inadmisión) me resulta artificiosa, y lastrada al propio tiempo de sugerencias del modo de aplicación de la legislación ordinaria, que no considero propias de nuestra potestad jurisdiccional, sino más bien extralimitaciones de la misma.

Se dice sobre el particular que «ante la falta de prueba del Derecho extranjero (que era la normativa que ambos órganos judiciales consideraban aplicable al caso) se optó por no resolver sobre la pretensión deducida por la actora (calificación de su despido), evitando, además, hacerlo a través de la aplicación subsidiaria de la *lex fori*, es decir, de la legislación laboral española. Ahora bien, tal óbice (falta de prueba del Derecho extranjero) resultaba inexistente, puesto que al ser la parte demandada la que había invocado el Derecho inglés era a ella (y no a la actora) a quien correspondía acreditar su contenido y vigencia, conforme a lo dispuesto en el entonces vigente artículo 12.6 del Código Civil (hoy sustituido por la normativa establecida en el art. 281 de la Ley 1/2000, de 7

de enero, de Enjuiciamiento Civil). A pesar de ello le fue exigida a la parte actora su prueba, sin darle en ningún momento la oportunidad de llevarla a cabo a través de los cauces procesales oportunos, y ligando a la falta de acreditación del contenido y vigencia del Derecho inglés la desestimación de la pretensión (en el caso del Juzgado) y la inadmisión de la demanda, aunque a través de la Sentencia (en el caso del Tribunal Superior de Justicia). Es obvio, pues, que a la parte actora le fue negada de forma no razonable una resolución sobre el fondo de su pretensión (en forma semejante al caso enjuiciado en la STC 10/2000, de 31 de enero, FJ 2)».

Por todas las razones expuestas considero errónea la fundamentación de nuestra Sentencia, niego la existencia de indefensión de ningún género y consecuentemente la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva.”

Tribunal: Sentencia del TSJ de Galicia.

Fecha: 2 de abril de 2002.

Recurso de Suplicación: 4795/1998.

Ponente: D. Miguel Ángel Cadenas Sobreira.

Voz: Pensión de viudedad. Beneficiarios. Poligamia. Trabajador autónomo de nacionalidad senegalesa. Estimación: reconocimiento de la pensión en cuantía dividida en partes iguales entre los cónyuges supervivientes.

Resumen: El trabajador, de nacionalidad senegalesa, figuraba en alta en el RETA. En aplicación del artículo 7.5 de la LGSS y la reciprocidad tácita reconocida expresamente por el INSS en la circular 3-043 a los nacionales de Senegal, el Tribunal admite su inclusión en el ámbito de aplicación del RETA, en la totalidad del mismo, y dentro del sistema de la Seguridad Social española a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva. Asimismo, y a

Derecho al trabajo

pesar de la proscripción en nuestro país de la bigamia y de la excepción de orden público contenida en el artículo 12.3 del CC, admite el reconocimiento de los efectos jurídicos que del vínculo matrimonial contraído de conformidad con el derecho extranjero en vigor del lugar donde fueron celebrados los matrimonios. No obstante, al no estar prevista ni ser legalmente viable la causación de una pensión de viudedad íntegra propia para cada cónyuge supérstite, el Tribunal entiende –por aplicación analógica de las previsiones del artículo 174.2 de la LGSS y la jurisprudencia vertida cuando media separación judicial o divorcio del causante respecto del primer cónyuge– que procede la distribución proporcional entre los supérstites de la pensión de viudedad única causada, y dado que se había celebrado el matrimonio con ambas actoras en el mismo año, procede aplicar el criterio de la distribución de la pensión a partes iguales, por mitad entre ambas esposas.

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 18 de abril de 2002.

Asunto: C-290/00.

Ponente: D. Von Bahr y M. Wathelet.

Voz: Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Accidente laboral ocurrido en otro Estado miembro antes de la entrada en vigor del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, en el Estado miembro de origen. Incapacidad laboral.

Resumen: “El Tribunal de Justicia (Sala Quinta), pronunciándose sobre las cuestiones planteadas mediante resolución de 27 de junio de 2000, declara:

1) Está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la

aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) núm. 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, la situación de una persona, nacional de un Estado miembro, que, antes de la adhesión de éste a la Unión Europea, desarrolló una actividad laboral por cuenta ajena en otro Estado miembro en el que sufrió un accidente de trabajo y que, tras la adhesión de su Estado de origen, solicita a las autoridades de éste una pensión por incapacidad laboral a raíz de dicho accidente.

2) El artículo 94, apartado 3, del Reglamento núm. 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento núm. 118/97, en relación con el artículo 48, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 39 CE, apartado 2, tras su modificación) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional, como la del artículo 235, apartado 3, letra a), de la *Allgemeines Sozialversicherungsgesetz*, que sólo prevé una excepción a la exigencia de un período de carencia como requisito para causar derecho a pensión por incapacidad laboral, cuando ésta es consecuencia de un accidente de trabajo –ocurrido, en el caso de autos, antes de la fecha de entrada en vigor de dicho Reglamento en el Estado miembro de que se trata– si, en el momento del accidente, la víctima estaba asegurada en virtud de un seguro obligatorio o facultativo con arreglo a la legislación de dicho Estado, con exclusión de la legislación de cualquier otro Estado miembro.

3) Los artículos 48, apartado 2, y 51 del Tratado CE (actualmente artículos 39 CE, apartado 2, y 42 CE, tras su modificación) deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una dis-

posición como el artículo 234, apartado 1, número 2, letra b), de la Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, en relación con el artículo 236, apartado 3, de esta misma Ley, que, a efectos de prórroga del periodo de referencia en el que debe haberse cubierto el periodo de carencia para causar derecho a pensión, sólo toma en consideración los periodos durante los cuales el asegurado haya percibido una pensión de invalidez en virtud de un régimen nacional de seguros de accidentes, sin prever la posibilidad de prorrogar dicho periodo cuando tal prestación se haya abonado en virtud de la legislación de otro Estado miembro.

4) Se declara la nulidad del artículo 9 *bis* del Reglamento núm. 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento núm. 118/97, que es incompatible con los artículos 48, apartado 2, y 51 del Tratado CE en la medida en que, a efectos de prórroga del periodo de referencia previsto en la legislación de un Estado miembro, excluye la posibilidad de tener en cuenta los periodos durante los cuales se hayan abonado rentas por accidente de trabajo, en virtud de la legislación de otro Estado miembro.”

Tribunal: Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social.

Fecha: 14 de mayo de 2002.

Recurso de Suplicación: 625/2001.

Ponente: Dña. Lourdes Arastey Sahún.

Voz: Validez del Contrato de Trabajo. Permiso de Trabajo.

Resumen: “(...) la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, venía a establecer (...) que la posibilidad de realizar una actividad laboral en España estaba condicionada a la obtención del permiso de trabajo. Esta norma provocó la consolidación de una doctrina jurisprudencial a cuyo tenor debía considerarse nulo el contrato de

trabajo suscrito por el nacional de país extranjero que careciera de esa concreta autorización administrativa para trabajar. Se decía que un contrato sin permiso de trabajo era un negocio jurídico concluido contra la prohibición expresa de la ley (...).

(...) la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, (...) ha venido a alterar la consideración jurídica de estas situaciones. En el artículo 33.3 que ha pasado a ser el artículo 36.3 tras la reforma por la Ley Orgánica 8/2000 (...), se viene a indicar que «la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero».

(...) es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades penales y administrativas a que pudiera dar lugar el incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo.

El legislador ha pretendido lograr la protección del trabajador extranjero perjudicado por la realidad social, como demuestra la continua utilización de contrataciones irregulares que aprovechan la situación de falta de regularización para eludir las obligaciones inherentes al contrato de trabajo. Se aseguran así los derechos laborales del trabajador y, junto a las responsabilidades penales y administrativas ya existentes en la normativa anterior, se añaden ahora las de carácter laboral.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Fecha: 6 de junio de 2002.

Asunto: C-347/00.

Suspensión

Voz: Seguridad Social. Períodos de seguro cumplidos antes de la fecha del hecho causante. Períodos de cotización ficticios. Cálculo de la prestación prorrateada.

Resumen: “Con el fin de contribuir al establecimiento de la libre circulación de trabajadores, el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo establece que, cuando un nacional de un Estado miembro no justifica un período de afiliación o de empleo suficiente en dicho Estado para tener derecho a una pensión de jubilación, se procederá a la totalización de los períodos de seguro o de empleo cubiertos por el interesado en los diferentes Estados miembros.

En dicho caso, la pensión de jubilación adeudada por el Estado miembro se calculará a prorrata de los períodos de seguro o de empleo cubiertos por el interesado en el referido Estado. Aquélla recibe la denominación de «prestación prorrateada».

En el presente asunto, se solicita al Tribunal de Justicia que interprete el concepto de «períodos de seguro», tal como aparece recogido en los artículos 1, letras r) y s), y 46, apartado 2, del Reglamento, a efectos del cálculo de una prestación prorrateada. Se trata de determinar en qué medida un período de cotización ficticio que, según la legislación nacional, se añade a los períodos de cotización reales únicamente para la fijación de la cuantía de la pensión de jubilación, debe tenerse en cuenta para el cálculo de dicha prestación prorrateada.

(...)

La disposición contenida en el artículo 46, apartado 2, letra b) del citado Reglamento debe interpretarse en el sentido de que la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho

causante (...) corresponde también a aquellos períodos de cotización ficticia correspondiente a períodos anteriores a la fecha del hecho causante, que, según la legislación de dicho Estado miembro, hayan de ser computados como períodos de cotización a los efectos de determinar la cuantía de la pensión de vejez.”

SUSPENSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 5 de febrero de 2001.

Recurso de Casación: 1270/1999.

Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí.

Voz: Medidas Cautelares. Suspensión. Nacionalidad Ecuatoriana.

Resumen: “Desde luego, aun cuando utilizáramos la facultad prevista en el artículo 88.3 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, no podríamos acceder a la pretensión casacional sustentada por la recurrente, pues ésta, ni siquiera por vía indiciaria, ha justificado mínimamente que en el caso de regresar a su país de origen, del que no podemos olvidar que es Ecuador, no estén salvaguardados ni su libertad, ni su integridad física, ni su vida, que son prácticamente las causas que sin justificación alguna alega como fundamento de su pretensión cautelar, justamente denegada por la resolución judicial recurrida.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 13 de febrero de 2001.

Recurso de Casación: 9324/1996.

Suspensión

Ponente: D. Pedro Antonio Mateos García.

Voz: Medidas Cautelares. Suspensión.

Resumen: El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los recurrentes. No consta la realidad de la conmoción social latente en la nación o país de origen, determinante de la procedencia de la suspensión solicitada por motivos humanitarios, al objeto de garantizar la seguridad e integridad personal de los solicitantes del derecho de asilo.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 27 de febrero de 2001.

Recurso de Casación: 4929/1997.

Ponente: D. Pedro Antonio Mateos García.

Voz: Medidas Cautelares. Suspensión. Obligación de abandonar. Nacional de Liberia.

Resumen: El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente. A la vista de la conmoción política y social latente en los países africanos, asolados por muy graves conflictos, por razones humanitarias se accede a la petición de suspensión de la obligación de salir del territorio nacional, ya que los intereses públicos o generales no resultan singularmente comprometidos ni afectados por la permanencia del recurrente en España durante la tramitación del juicio.

Tribunal: Auto del TSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.

Fecha: 20 de marzo de 2001.

Ponente: D. Francisco Javier Zatarain Valdemoro.

Voz: Medidas Cautelares. Expulsión del territorio nacional. Suspensión.

Resumen: “Resultaría ilógico que habiéndose acordado el internamiento preventivo del extranjero con la finalidad de asegurar la ejecución de la eficacia de la resolución final que se dictase (...), se concediese un período para la ejecución voluntaria de esa medida, pues precisamente el fundamento de esa medida cautelar de internamiento preventivo no es otro que el asegurar esa ejecución inmediata de la obligación personalísima de abandono del territorio español. Con base en lo antedicho, es lo procedente el considerar que en este supuesto, tras la resolución firme de expulsión, cabe la ejecución inmediata de este acto administrativo, sin sujeción a plazo de cumplimiento voluntario (...).

(...) la medida cautelar de la detención del extranjero (...) solo puede acordarse en dos supuestos (...), el primero consistente en la detención cautelar, siempre como previa a la adopción de la medida cautelar más enérgica del internamiento preventivo del extranjero (...). El segundo, como acto concreto de la compulsión personal encaminada a la ejecución forzosa de la sanción de expulsión del territorio nacional, seguido tras la expiración del plazo, nunca inferior a 72 horas, para que el extranjero cumpla voluntariamente con la orden de expulsión (...). No es (...) asumible la pretensión del recurrente del levantamiento de la prohibición de entrada en territorio nacional por un período de tres años, prohibición extensible al espacio Schengen pues respecto de esta parte dispositiva de la resolución impugnada no concurre el peligro de la tardanza del proceso ni por el contrario se trata de una medida cautelar interesada con su escrito de solicitud de la misma.

El Tribunal acuerda suspender la medida de ejecución del acto recurrido, consistente en la detención y conducción de la recurrente hasta el puesto de salida en la que haya de hacer

Suspensión

efectiva la salida obligatoria, esta medida conlleva la inmediata puesta en libertad de la interesada, a fin de que la recurrente pueda cumplir con la orden de salida en el plazo máximo de 72 horas a partir de la fecha de notificación completa de la presente resolución.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 27 de marzo de 2001.

Recurso de Casación: 3576/1998.

Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos.

Voz: Medidas Cautelares. Suspensión.

Resumen: El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente, quien se limita a invocar razones genéricas sobre la procedencia de la suspensión sin decir nada en relación con las circunstancias de riesgo concretamente soportadas. “Esta circunstancia impide valorar si en el país de origen existe una seria conmoción social por graves conflictos o disturbios de carácter político, étnico o religioso, de los que pueda presumirse que su seguridad e integridad personales pueden verse en grave riesgo en caso de tener que regresar inmediatamente a él”.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 17 de abril de 2001.

Recurso de Casación: 8183/1998.

Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate.

Voz: Medidas Cautelares. Suspensión. Ciudadano de Liberia. Salida obligatoria. Asilo.

Resumen: El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el

recurrente. La “situación de conflicto étnico y social, que atravesaba el país de origen del solicitante de la suspensión cautelar, aconseja acceder a ésta mientras se sustancia el proceso principal, atendiendo especialmente a razones humanitarias debido al riesgo que para la integridad personal del solicitante de asilo pudiera suponer su retorno, mientras que la permanencia en territorio español durante la tramitación del proceso no implica peligro aparente alguno para los intereses públicos o generales”.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 2 de junio de 2001.

Recurso de Casación: 1486/1999.

Ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate.

Voz: Medidas Cautelares. Suspensión. Salida obligatoria.

Resumen: El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente. Prueba de la prevalencia del interés particular de no salir de España cuando hubiese arraigo del ciudadano extranjero en territorio español o por razones humanitarias, concretadas en este caso en la precaria salud del recurrente, así como de la reagrupación familiar frente al interés general en que un miembro extranjero de la familia abandone el territorio nacional.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 26 de noviembre de 2001.

Recurso de Casación: 5815/1999.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Medidas Cautelares. Suspensión. Nacional Peruano.

Suspensión

Resumen: El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente. “(...) el permiso de trabajo que estaba tramitando le ha sido denegado por estar pendiente la cancelación de antecedentes judiciales y policiales correspondientes. Afirma que convive con una hermana suya (aunque ninguna prueba aporte de este extremo) e invoca el argumento de la irreparabilidad de los perjuicios que se le seguirán de la expulsión”. Falta de prueba y del más mínimo argumento para “desmontar las razones invocadas en el auto impugnado y para rechazar como inciertas las causas en que la Administración funda su resolución, (...) entendiéndolo que en este proceso incidental de suspensión lo que tiene que combatirse es la resolución judicial que deniega la suspensión”.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 31 de enero de 2002.

Recurso de Casación: 5271/1999.

Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez.

Voz: Suspensión. Orden de expulsión.

Resumen: “Es doctrina reiterada de esta Sala, por Sentencias de 23 de abril de 1998 y 14 de noviembre de 1995, que si bien la necesidad de defensa en el recurso contencioso interpuesto contra el acuerdo de expulsión no es razón bastante para justificar la suspensión del acto impugnado, así se afirma que «las dificultades de defenderse en el proceso para los extranjeros obligados a salir del territorio español no tienen un valor decisivo para acceder a la suspensión de la ejecutividad de la orden de expulsión o de la conminación a abandonar dicho territorio, porque, de lo contrario, la suspensión se convertiría en una medida cautelar automática y esto no se compadece con

el enunciado principio de eficacia administrativa», ello no obsta para que en aquellos casos en que se encuentre pendiente un proceso judicial por otra causa en el que es parte el recurrente la tesis debe ser la contraria, dado que la expulsión puede comportar la imposibilidad o al menos una grave dificultad de ejercer el derecho de defensa en ese proceso, ajeno al de expulsión, con plena efectividad.

Tal parece acontecer en el caso de autos en el que aparece acreditado que el recurrente tiene pendiente un proceso de filiación. En consecuencia debe entenderse acreditada la concurrencia de perjuicios de difícil reparación en caso de no accederse a la suspensión, razón por la que el motivo debe ser estimado y en consecuencia accederse a la suspensión solicitada.”

Tribunal: Auto del TSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.

Fecha: 22 de febrero de 2002.

Ponente: D. Juan Luis Ibarra Robles.

Voz: Medidas Cautelares. Expulsión del territorio nacional. Suspensión.

Resumen: “La interpretación de la Administración demandada que aboca necesariamente a la detención y expulsión del territorio nacional de modo inmediato y sin respetar el plazo máximo de las 72 horas sin distinción entre la existencia de medida cautelar de internamiento preventivo o no, es insostenible por las siguientes razones:

En primer lugar, implica una confusión entre la ejecución inmediata de un acto administrativo (...) con la ejecución forzosa del mismo (...). En segundo lugar, es de esencia a todo acto administrativo que con carácter previo a su ejecución se proceda a brindar la posibilidad de su cumplimiento voluntario por el intere-

Suspensión

sado del mismo, por razones de eficacia administrativa, de respeto a la libertad individual y de justicia. (...)

En tercer lugar, no es sostenible la interpretación pretendida por la Administración demandada pues resultaría que en el supuesto de hallarse el extranjero ingresado en un centro de internamiento, se hallaría sujeto en todo momento a la tutela judicial proporcionada por el Juez de Instrucción, de Menores y del Ministerio Fiscal. Mientras que de no hallarse en situación de internamiento preventivo, pero sujeto a un procedimiento preferente de expulsión podría ser ejecutada forzosamente la resolución que en el mismo momento de su notificación, lo cual sustraía *de facto* e incluso de derecho la posibilidad de reacción del interesado mediante los recursos jurisdiccionales que estimase pertinentes.

En consecuencia, la resolución impugnada sustrae la posibilidad de cumplimiento voluntario por el extranjero interesado debiéndose conceder al mismo esta posibilidad que indefectiblemente implica la puesta en libertad de Dña. M.L.R.E. No es por el contrario asumible la pretensión de la recurrente del levantamiento de la prohibición de entrada en territorio nacional por un período de tres años, prohibición extensible al espacio Schengen pues respecto de esta parte dispositiva de la resolución impugnada no concurre el peligro de la tardanza del proceso ni por el contrario se trata de una medida cautelar interesada con su escrito de solicitud de la misma.”

Tribunal: Auto del TSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª.

Fecha: 12 de marzo de 2002.

Ponente: D. Francisco Javier Zatarain Valdemoro.

Voz: Medidas Cautelares. Suspensión.

Resumen: “(...) si la administración demandada opta por incoar el procedimiento ordinario, necesariamente debe respetar el plazo mínimo de ejecución de 72 horas fijado por el artículo 100.2, apartado b) del Real Decreto 84/2001, de 20 de julio, y si por el contenido ha optado por la incoación del procedimiento preferente, queda facultada para ejecutar la orden de expulsión (una vez notificada al extranjero) de forma inmediata (...).

(...) lo que resulta insostenible es el criterio de la Administración demandada, pues supondría avalar la corrección jurídica del siguiente proceder: se dicta una resolución de expulsión tras seguirse los cauces del procedimiento preferente, resolución que acuerda su propia ejecución en los términos temporales previstos para las resoluciones dictadas en los procedimientos ordinarios, y que se trata de ejecutar en los plazos establecidos (ejecución inmediata) para resoluciones dictadas en el procedimiento preferente. Esta constante alteración de los procedimientos sancionados seguidos, o bien de las condiciones de ejecución de la orden de expulsión causa una inequívoca indefensión al administrado que esta Sala no puede admitir.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 18 de marzo de 2002.

Recurso de Casación: 5977/1999.

Ponente: D. Agustín Puente Prieto.

Voz: Suspensión de expulsión de territorio nacional.

Resumen: “(...) el recurrente, al amparo de lo dispuesto en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, invoca como único motivo de casación la infracción del ordenamiento jurídico y jurisprudencia que cita y se concreta en el artículo 24.2 de la Constitución Española así como el 26.1.a), c) y f) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio; si bien en la

Suspensión

exposición y desarrollo de dicho motivo alude a otros diferentes preceptos como es el artículo 39 de la Constitución en orden a la protección de la familia invocando que era objeto de persecución en su país por parte del ejército revolucionario, así como la existencia de una oferta formal de empleo en España. Se invoca igualmente como infringido el artículo 122 de la Ley Jurisdiccional, aplicable en el presente caso y la doctrina jurisprudencial de este Tribunal contenida en el Auto de 8 de marzo de 1994 en relación con el examen de la oferta de empleo, así como el Auto de 3 de abril de 1990 conforme al cual entiende que toda orden de expulsión del territorio nacional causa daños al recurrente y debe ser objeto de suspensión. El motivo de casación debe ser rechazado teniendo en cuenta que las alegaciones del recurrente y la invocación de los preceptos que más arriba se dejan mencionados, suponen en realidad una alegación de infracción del ordenamiento jurídico que se predica no tanto del Auto objeto del recurso, sino de la propia actuación administrativa concretada en la orden de expulsión, ya que entiende que el Auto debió haber examinado las infracciones supuestamente cometidas por parte de la Administración respecto a los preceptos que invoca, alegándose en definitiva infracciones no referidas al Auto, sino al acto administrativo, y olvidando lo que es el objeto de recurso de casación, en el que se trata de rebatir, con fundamento en los motivos correspondientes del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, el contenido de la resolución jurisdiccional de instancia y sin que a su amparo pueda pretenderse convertir este recurso extraordinario en una nueva articulación de los argumentos ya aducidos en la instancia y enjuiciados por el Auto recurrido.

La resolución objeto del recurso ha enjuiciado correctamente las circunstancias concurrentes en la orden de expulsión, realizando un

contraste de los intereses en conflicto y ponderando muy especialmente el interés público, sin negar la existencia de perjuicios que, como toda expulsión, supone para un extranjero el abandono de su residencia en España y sin que tal valoración y examen de intereses contrastados por el Auto recurrido haya sido adecuadamente combatida por la parte recurrente con fundamento en una indebida y errónea valoración de la prueba, más únicamente al amparo de una invocación de infracción de preceptos sobre dicha valoración, o con argumentos conducentes a la apreciación de lo ilógico y razonable del resultado de la valoración de los hechos en la instancia.”

Tribunal: Auto del TSJ de Zaragoza, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

Fecha: 3 de junio de 2002.

Voz: Medidas Cautelares. Permiso de Residencia y Trabajo. Suspensión.

Resumen: “En el caso enjuiciado, en el que el acto recurrido es la resolución del Subdelegado del Gobierno en Zaragoza que deniega la solicitud de permiso de trabajo y residencia, con imposición del deber de salida obligatoria del territorio español, ha de tenerse en cuenta también que, como tiene declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 12 de abril de 1996, en cuanto a la obligación que se les impone a los súbditos extranjeros como consecuencia de la denegación del permiso de residencia, aunque dicha intimación no constituye estrictamente un acuerdo de expulsión del país, sí crea un deber jurídico de cumplimiento, cuya ejecución puede ser suspendida cuando la persona afectada tenga arraigo en España por razón de intereses familiares o económicos, por lo que la inmediata salida del país le produciría unos perjuicios de repara-

Expulsión

ción imposible o difícil. Doctrina cuya aplicación al presente caso, atendidas las circunstancias personales puestas de manifiesto al instar la suspensión, conduce a la suspensión de la ejecutividad del acto recurrido en cuanto a la referida obligación, máxime cuando no puede afirmarse que los intereses generales requieran la efectividad inmediata de su salida.”

EXPULSIÓN

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 31 de enero de 2001.

Recurso de Casación: 7433/1996.

Ponente: D. Ramón Trillo Torres.

Voz: Expulsión. Ciudadano Marroquí.

Resumen: El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente. “(...) la adopción del acuerdo de expulsión sin otro elemento de convicción que un atestado carente de ratificación por los agentes que lo extendieron y sin esperar la resolución de las actuaciones seguidas ante la Jurisdicción Penal en relación con los mismos hechos, puede entenderse que carece de una prueba de cargo que lo sustente (...)”.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 9 de marzo de 2001.

Recurso de Casación: 8344/1996.

Ponente: D. Fernando Martín González.

Voz: Expulsión. Nacional Argentino.

Resumen: El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto

por el Abogado del Estado. “(...) la adopción de una medida como la de expulsión, sobre la base de determinados hechos, se ajusta al principio de presunción de inocencia, constitucionalmente proclamado en el artículo 24 de la Constitución, prueba que no existe cuando, como aquí, sólo en meras especulaciones e informes no adecuadamente respaldados, pretende apoyarse una supuesta concurrencia de hechos, sin que quepa negar al órgano jurisdiccional potestades de valoración de aquella prueba invocando que sólo a los órganos administrativos corresponden, puesto que ello haría inútil cualquier recurso jurisdiccional ordinario o especial en que se tendiera a combatir una resolución sancionadora con apoyo en inexistencia o en insuficiencia de las pruebas precisas”.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 19 de junio de 2001.

Recurso de Casación: 6895/1996.

Ponente: D. Ramón Trillo Torres.

Voz: Expulsión. Prórroga de Estancia. Ciudadana Colombiana.

Resumen: El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente. “(...) en los supuestos de caducidad de los plazos de permanencia legal de extranjeros en España y de denegación de prórrogas de estancia o de cualquier documento necesario para la permanencia en territorio español, se advertirá a los interesados y, si saliesen del territorio sin haber incurrido en causa de expulsión, no serán objeto de prohibición de entrada en el país, pudiendo volver a España, con arreglo a las normas que regulan el acceso al territorio nacional”.

Expulsión

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 19 de julio de 2001.

Recurso de Casación: 3217/1997.

Ponente: D. José María Álvarez-Cienfuegos Suárez.

Voz: Expulsión. Súdbita Colombiana.

Resumen: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el recurrente. "(...) no se ha acreditado, ni tan siquiera se ha propuesto prueba encaminada a demostrar la existencia de un medio de vida, trabajo, o de posibles económicos, tanto si éstos habían sido aportados desde su país de origen, o eran remitidos periódicamente desde el mismo, como tampoco se acredita la existencia de una persona con la que conviva y se haga cargo de sus gastos".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 20 de julio de 2001.

Recurso de Casación: 1670/1997.

Ponente: D. Ramón Trillo Torres.

Voz: Expulsión. Ciudadano miembro de la Unión Europea. Súdbito Británico.

Resumen: El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado. "(...) la expulsión del territorio español de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea requiere de una conducta contraria al orden público y no debe considerarse como tal (...) la falta de integración social en el medio o la conflictividad de la persona. (...) el concepto de orden público puede invocarse, con el fin de justificar la expulsión del territorio de un Estado miembro de un ciudadano comunitario, en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la mera

existencia de condenas penales constituya por sí sola motivo para la adopción de dicha medida, porque sólo cuando aquéllas evidencien la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público cabe restringir la estancia de un nacional de otro Estado miembro (...)".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 31 de julio de 2001.

Recurso de Casación: 4830/1997.

Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí.

Voz: Expulsión. Ciudadana Dominicana.

Resumen: El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente. "(...) la causa de expulsión del territorio nacional no fue la conducta del recurrente al ser sorprendida en un club de alterne sino la circunstancia de carecer de medios de vida, que, aunque su representación procesal considere que no debería ser corregida con la expulsión por ser esa medida desproporcionada, lo que le lleva a invocar también (...) la vulneración del principio de proporcionalidad, lo cierto es que el legislador así lo dispuso (...)".

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 19 de septiembre de 2001.

Recurso de Casación: 3406/1997.

Ponente: D. Ramón Trillo Torres.

Voz: Expulsión. Nacional Chino.

Resumen: El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado. "(...) no se había

Expulsión

acompañado a las actuaciones ningún medio de prueba capaz de rebatir la verosimilitud de la presunción de inocencia (...). Tan sólo obra un atestado de la policía (la llamada diligencia de informe y comprobación) en el que se alude (...) a la práctica de un registro sin más; esto es, un mero testimonio de referencias que ningún valor inculpatario puede merecer”.

Véase en este sentido la Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 26 de septiembre de 2001. Recurso de Casación número 4258/1997. Ponente: D. Ramón Trillo Torres.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Fecha: 20 de septiembre de 2001.

Recurso de Casación: 3352/1997.

Ponente: D. Ramón Trillo Torres.

Voz: Expulsión. Derechos fundamentales. Nacional Chino.

Resumen: El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado. “(...) lo correcto en circunstancias normales sería que el recurrente tuviese que haber esperado a la resolución por la que se lo expulsara de España para poder acudir al proceso contencioso-administrativo, pero es precisamente la excepcionalidad del caso, en el que aparece con toda evidencia la contradicción entre lo afirmado por los servicios de la propia Administración sobre la plena legalidad de la situación del actor y la propuesta combatida, lo que permite aceptar que ésta implicaba por sí misma una manifestación administrativa carente de seriedad, que perturbaba el normal desarrollo de la vida del afectado (...)”.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 4 de febrero de 2002.

Recurso de Casación: 10087/1997.

Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí.

Voz: Expulsión de territorio nacional.

Resumen: “(...) el Tribunal *a quo* al declarar (...) ajustado a Derecho el acuerdo de expulsión del territorio nacional de la demandante, no conculcó los principios de tipicidad, culpabilidad y presunción de inocencia, y los que rigen sobre la prueba, ya que si bien pesaba sobre la Administración la carga de probar que aquella se hallaba ilegalmente en España por no haber obtenido prórroga de estancia o permiso de residencia, consta en el expediente que en el pasaporte falta el sello de entrada a España, pues, sólo aparece el estampillado de salida de su país de 5 de marzo de 1994 y un visado expedido por las autoridades francesas desde el 2 de marzo al 2 de junio de 1994.

Hechos que para la Sala de instancia no fueron desvirtuados por la demandante, ya que sus manifestaciones relativas a la fecha de entrada en España y los medios de que disponía para su subsistencia durante el periodo de estancia provisional por motivos turísticos no fueron objetivamente corroborados por los medios de prueba propuestos y no practicados por la misma, a pesar de ser admitidos por el Tribunal *a quo* en el correspondiente ramo de prueba.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 14 de marzo de 2002.

Recurso de Casación: 4772/1999.

Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez.

Voz: Suspensión. Expulsión del territorio nacional.

Resumen: El Tribunal Supremo declara que “no pueda tenerse por justificada la concurrencia de perjuicios irreparables, pues no cabe considerar como tal, en casos como el que nos ocupa, la salida del territorio nacional, salvo que concurren circunstancias específicas que así lo determinen, como sería la aludida de tener procedimiento de regularización pendiente o supuestos de arraigo familiar o económico que ya hemos dicho no están acreditados en el caso concreto que nos ocupa, ya que entonces la suspensión vendría determinada automáticamente por la simple solicitud o la interposición del recurso lo que, evidentemente, no es el propósito del legislador. Tampoco cabe hablar de *fumu boni iuris* cuando la recurrente admite su estancia ilegal, ni de que la no suspensión supone prejuzgar el fondo del asunto, sin que tampoco nada impida que estimado el fondo del recurso se proceda al retorno a territorio nacional e incluso a la reclamación de los perjuicios que hubieran podido ocasionarse”.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Fecha: 18 de marzo de 2002.

Recurso de Casación: 1772/1999.

Ponente: D. Francisco González Navarro.

Voz: Suspensión. Nigeriana que solicita que se suspenda el acto administrativo que acuerda su expulsión del territorio español, por no acreditar tener medios lícitos de vida.

Resumen: “En los motivos tercero y cuarto, el recurrente alega la infracción de la legislación de asilo. Pero ni el más mínimo rastro hay de la correspondiente solicitud. Se trata de un argumento que manejó ya ante la Sala de instancia, ante la que pudo probar su afirmación de que había solicitado el asilo y que lo había

hecho antes de que se iniciara contra ella el procedimiento que ha determinado su expulsión, pero nada hizo al respecto, y desde luego nada hay en las actuaciones acreditativo de ello. Y es lo cierto que el acto administrativo impugnado le imputa el encontrarse ilegalmente en España, careciendo de la documentación necesaria exigible para acreditar lo contrario, y el carecer de medios lícitos de vida, no acreditando tampoco medios económicos suficientes para su subsistencia. Y nada que desvirtúe la realidad de estos hechos consta en las actuaciones.”

DERECHO PENAL

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.

Fecha: 31 de octubre de 2001.

Recurso de Casación: 216/1999.

Ponente: D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.

Voz: Penal. Asistencia letrada.

Resumen: “En efecto, esta Sala tiene dicho que el examen radiológico a que son sometidos algunos pasajeros al llegar a los aeropuertos españoles –en prevención de un posible transporte de droga en el interior de su organismo– no es por sí misma una detención, ni comporta necesariamente que previamente se haya practicado. Se trata de un mero control dentro de las normales actuaciones policiales de prevención delictiva que, cuando se realiza –como en este caso– voluntariamente, a instancia de los agentes que solicitan del pasajero ser examinado, pres-tándose éste voluntariamente a la comprobación interesada, no entraña limitación o

Derecho penal

constricción forzosa de la libre deambulación, propia de una verdadera detención, por lo mismo que no lo es tampoco la momentánea interrupción que soporta el peatón a quien se le pide la identificación personal, o el conductor a quien se ordena parar para someterse a la prueba de alcoholemia. Se trata en todos estos casos de actos administrativos en el ámbito de las relaciones de prevención policial y seguridad, en los que la ordenada por el agente pasa por la aceptación del administrado para la lícita realización de la comprobación perseguida. Otra cosa es que tras su realización decida entonces el agente, a la vista de la existencia de indicios de criminalidad, detener al interesado, o bien que el examen radiológico se haya llevado a cabo estando ya el interesado detenido previamente. Será entonces cuando, por su condición de detenido, resultará inexcusable la previa información de derechos y la asistencia letrada, lo que no sucede cuando el sujeto, no estando aún detenido, se somete voluntariamente al examen radiológico.

Esto es lo sucedido en este caso como resulta del examen de las actuaciones en que se evidencia que fue después del examen cuando se practicó la detención siendo entonces el detenido informado de sus derechos y asistido de Letrado.

Por otra parte desde la perspectiva propia de la actividad probatoria tampoco la asistencia letrada es condicionante de la licitud del examen radiológico voluntario, por lo mismo que este examen carece por sí solo de valor alguno, más allá de la pura utilidad que representa para el posterior encauzamiento de la investigación policial. Será actividad probatoria en su caso el testimonio posterior de los agentes sobre lo que vieron o la inspección y análisis de lo que en el interior del cuerpo portara el sujeto, después de su expulsión, pero el

momento del examen radiológico no se sitúa en la esfera de la prueba anticipada sino en el de la pura investigación policial. Y ya esta Sala en la Junta General del día 5 de febrero de 1999 aprobó considerar que «cuando una persona –normalmente un viajero que llega a un aeropuerto procedente del extranjero– se somete voluntariamente a una exploración radiológica con el fin de comprobar si es portador de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos. De ahí que no sea precisa la asistencia de Letrado ni la consiguiente detención con instrucción de sus derechos».

Véanse en este sentido las Sentencias del TS, Sala de lo Penal, de 23 de noviembre de 2001. Recurso de Casación número 281/2000. Ponente: D. José Antonio Marañón Chávarri y de 26 de noviembre de 2001. Recurso de Casación número 831/2000. Ponente: D. José Antonio Marañón Chávarri.

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.

Fecha: 10 de enero de 2002.

Recurso de Casación: 1721/1999.

Ponente: D. Joaquín Giménez García.

Voz: Penal. Delito contra la salud pública.

Resumen: “La tercera denuncia lo es por infracción del artículo 24.2 de la CE. Tal denuncia es inadmisibles, pues resulta necesario especificar cuál de los numerosos derechos y garantías del proceso penal recogidos en dicho artículo, se supone violado.

La recurrente se refiere a violación del Derecho Internacional por tratarse de un buque extranjero. Olvida que el registro de camarote se efectuó con autorización del Capitán, que la entrega

vigilada es técnica de investigación no solo admitida en nuestro Ordenamiento Jurídico –artículo 263 bis introducida por la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, cuyo precedente arranca de la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, como consecuencia directa de la firma por España de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988–, sino que también se encuentra en todos los países firmantes de dicho Convenio, dada la naturaleza transnacional de esta grave forma de delincuencia organizada que es el tráfico de drogas. Finalmente se denuncia la violación en la apertura de los paquetes tratando de hacerlos equivalentes a los paquetes postales, lo que no es de aplicación.

Concluye el motivo con una simple referencia a haberse vulnerado el artículo 9.3 de la CE, que se refiere a los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad, irretroactividad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.

Tal denuncia *in genere*, es claramente infundada y debe ser rechazada sin más argumentación.”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo.

Fecha: 21 de enero de 2002.

Recurso de Casación: 17/2001.

Ponente: D. Gregorio García Ancos.

Voz: Sustitución de pena de prisión por expulsión.

Resumen: “Para mejor resolver el problema así planteado, hemos de señalar como antecedentes los que siguen: 1º Con fecha 10 de octubre de 2000 se dictó la sentencia que ahora se recurre en cuyo fallo, y debido a que uno de los acusados, el recurrente, no tenía residencia legal en España, se le sustituyó la pena de once meses de prisión por la de «expulsión del territorio nacional». 2º Cuando se acuerda tal sustitución de la pena, el afectado no había sido oído previamente, según ordena el

artículo 89.1º del Código Penal, audiencia que se produjo posteriormente en el momento que se anuncia el presente recurso de casación, por acuerdo de oficio de la Sala de fecha 7 de noviembre de 2000. 3º Esta diligencia se lleva a cabo en esa misma fecha, manifestando el condenado, entre otras cosas, que «estaba trabajando para un empresario en Orihuela y tenía allí su residencia, teniendo documentación que lo acredita». 4º Con posterioridad a esta primera audiencia (seguramente por no considerarla ajustada a Derecho) la Sala dio traslado al Ministerio Fiscal y a la Defensa del condenado, manifestando ésta que tal audiencia debería efectuarse ante Letrado y con asistencia de intérprete. 5º En vista de ello, con fecha 11 de noviembre, el Tribunal recibió nuevamente en audiencia al ahora recurrente con asistencia del Letrado e intervención del intérprete, manifestando esta vez que no admite la expulsión porque «tiene papeles para estar aquí». 6º Finalmente es de resaltar que el condenado estuvo en prisión por esta causa desde el 27 de marzo de 1998 al 6 de abril del mismo año y posteriormente desde el 1 de septiembre de 2000 al 4 de enero de 2001.

Los indudables problemas que esta figura jurídica de la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas a extranjeros no residentes legalmente en España, creada *ex novo* por el Código Penal de 1995, se centran aquí principalmente en el tiempo y modo en que ha de llevarse a cabo el requisito ineludible de «oír previamente al penado; según ordena al artículo 89.1º en su último inciso». En relación con ello, y siendo éste el centro de lo debatido en el recurso, hemos de decir lo siguiente: a) El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 242/1994, puso de relieve la importancia de este trámite de audiencia ya que por medio de él, no sólo se salvaguardan los derechos de defensa genéricamente considerados, sino también el derecho constitu-

Derecho penal

cional que el ciudadano extranjero tiene a su libertad de residencia y de desplazamiento en España, reconocido en el artículo 19 de la Constitución en relación con el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York. b) El mismo Tribunal, en Sentencia de 25 de noviembre de 1997, distingue respecto a este trámite de audiencia aquellos supuestos en que es el propio interesado el que manifiesta su voluntad de que se le sustituya la pena por expulsión, de aquellos casos en que tal se decreta al margen de su voluntad, decantándose en este último supuesto por la necesidad de que el acto o diligencia de tal audiencia se practique ante Letrado de modo inexcusable. c) Sobre cuándo debe oírse al afectado, y, según ha indicado un ilustre tratadista, no es suficiente con que sea oído formalmente en relación con los hechos objeto de acusación al prestar declaración en el juicio ni tampoco cuando se le concede la última palabra, ya que es necesario que haya un acto de audiencia específica sobre la cuestión. d) También han surgido problemas sobre si el acuerdo de expulsión debe hacerse en la propia sentencia o en resolución (Auto) aparte, pero lo que sí parece estar claro es que tal acuerdo debe tomarse siempre con posterioridad a la audiencia, pues no en balde el precepto emplea el adverbio «previamente», es decir, con antelación.

En el caso que nos ocupa, si bien se cumplió en una segunda audiencia con el requisito de la asistencia letrada, no es menos cierto que se incumplió el de la necesidad de oír al acusado antes de decidir sobre la sustitución de la pena privativa de libertad, lo que nos lleva a considerar nulo la parte del fallo en que se acuerda tal sustitución, por ser nula la diligencia de audiencia practicada con posterioridad.

(...)

Por las razones expuestas en el recurso de casación, se anula el acuerdo tomado en dicha sentencia sobre la sustitución de la pena privativa de libertad por la de expulsión del territorio nacional (...).”

Tribunal: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.

Fecha: 11 de febrero de 2002.

Recurso de Casación: 781/2000.

Ponente: D. Carlos Granados Pérez.

Voz: Penal. Delito de lesiones.

Resumen: “En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho de presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución.

El Tribunal de instancia razona con acierto sobre la validez de los testimonios depuestos por los perjudicados que fueron introducidos en el plenario mediante su lectura y haciendo especial mención del depuesto por el testigo M.A.M. que conocía a su agresor antes de los hechos y por consiguiente resultaba innecesaria la diligencia de reconocimiento.

El artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que «podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral».

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 137/1988, de 7 de julio, afirma que «las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la LECr) y que, como se advierte en la Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1985, no cons-

tituyen en sí mismas pruebas de cargo. Sólo cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es posible traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida, en los términos señalados en el artículo 730 de la Ley Procesal Penal, conforme ha declarado ya este Tribunal en la Sentencia 62/1985, de 10 de mayo. Esta posibilidad está justificada por el hecho de que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación, llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa».

El Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de marzo de 1991 expresa que «de acuerdo con el artículo 730 LECr. 'las diligencias del sumario únicamente pueden ser leídas en el juicio oral' cuando por causas independientes de la voluntad (de las partes) no pueden ser reproducidas en aquél. La aplicación de esta disposición requiere, como es claro, que el Tribunal haya agotado sus posibilidades de contar con la prueba en el juicio oral en la forma dispuesta no sólo por la LECr. sino también por el artículo 229 de la LOPJ. Consecuentemente, la jurisprudencia ha establecido que el Tribunal podrá tomar excepcionalmente en cuenta las declaraciones testificales obrantes en el sumario, previa lectura en el juicio, cuando el testigo haya muerto, o se encuentre fuera de la jurisdicción del Tribunal y no sea factible lograr su comparecencia o sea imposible de localizar por desconocimiento de su paradero. En tales supuestos, es condición de la validez de tales declaraciones que hayan sido prestadas de manera inobjetable».

Otro de los supuestos es cuando el testigo se encuentra ilocalizable, tanto en España como

en el extranjero, lo que puede justificar la continuación del juicio si se encuentran en ignorado paradero y su localización resultó imposible tras las gestiones de la Policía –Cfr. Sentencias de 5 de diciembre de 1990, 11 de marzo de 1991, y 12 de abril de 1991– expresando la última de las citadas que se requiere que se hayan agotado razonablemente las posibilidades de traer al testigo a presencia del Tribunal. Sin olvidar la imposibilidad jurídica de traer a los testigos que se encuentran en el extranjero, a tenor de lo que se dispone en el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, situación a la que se refiere la Sentencia del Supremo de 29 de octubre de 1990. A los testigos en el extranjero se alude, igualmente, en la Sentencia de 27 de junio de 1990, afirmándose que «en el caso de que el testigo de cargo tenga su residencia en el extranjero, habida cuenta de las importantes dificultades que ello comporta para obligarlo a declarar ante un Tribunal español, pese a los acuerdos internacionales de asistencia judicial existentes al respecto, de modo que por tales dificultades estos supuestos han de equipararse a los casos de imposibilidad de reproducción de la prueba en el juicio oral previstos en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permite la lectura en el plenario, a instancia de cualquiera de las partes, de las diligencias practicadas en el sumario».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 19 de febrero de 1991, no consideró violación del Convenio, el que sean tenidas en cuenta unas declaraciones sumariales cuando el testigo se encuentra ilocalizable pese a las gestiones realizadas en su busca. El Tribunal tuvo en cuenta que dichas declaraciones habían sido realizadas ante un magistrado cuya imparcialidad no había sido puesta en duda.

De la doctrina jurisprudencial que se deja expresada se evidencia que la utilización del

Derecho penal

artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal queda limitado para aquellos casos en que el testimonio resulte de imposible o muy difícil práctica en el acto del juicio oral, y para que puedan ser apreciadas por el Tribunal las declaraciones sumariales se requiere su lectura en el juicio y que se hayan obtenido con cumplimiento de las garantías que sean precisas para que no se produzca indefensión.

Y eso es lo que ha sucedido en el supuesto que examinamos. Los inmigrantes ilegales que sufrieron las agresiones inflingidas por el recurrente no iban a estar a disposición del Tribunal cuando se fuese a celebrar el acto del juicio de ahí que el Juez Instructor practicara, con todas las garantías y especialmente con intervención del Letrado del imputado, las declaraciones y reconocimientos de los perjudicados que fueron introducidos en el acto del plenario mediante su lectura.

El Tribunal de instancia ha contado pues, con medios de prueba legítimamente obtenidos que contrarrestan el derecho de presunción de inocencia invocado y tampoco ha resultado vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, sin que pueda sustentarse tales invocaciones por una distinta valoración de la prueba de la que ha realizado el Tribunal sentenciador.”

Tribunal: Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 5ª.

Fecha: 9 de marzo de 2002.

Recurso de Queja: 730/2001.

Ponente: D. Albert Pons Vives.

Voz: Penal. Expulsión.

Resumen: “El recurrente impugna la decisión del Juez *a quo* adoptada en base al apartado séptimo del artículo 57 de la Ley Orgánica

4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, según la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 18 de febrero, ya que considera que el hecho de acordar la expulsión una vez celebrado el acto del juicio oral implica una quiebra al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todos los recursos, apartados primero y segundo del artículo 24 de la Constitución, ya que considera que *de facto* le ha resultado vedado la posibilidad de recurrir, y por otra parte dicha decisión judicial argumenta que vulnera la exclusividad de la función jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado, apartado tercero del artículo 117 de la Constitución, al subordinar la función jurisdiccional a la iniciativa de la potestad sancionadora del Ejecutivo.

En primer lugar, hay que señalar que el Juzgado *a quo* no ha acordado la expulsión del recurrente, sino que ha autorizado su expulsión administrativa, según el tenor del apartado séptimo del artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000 y el Auto de 6 de noviembre de 2001.

Sobre el hecho referente a la consideración del acto del juicio como momento preclusivo a partir del cual el órgano jurisdiccional no podrá autorizar la expulsión del extranjero, según el apartado séptimo del artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, debemos señalar que formulando una interpretación gramatical de este precepto, apartado tercero del artículo 3 del Código Civil, no podemos encontrar que señale la existencia de este momento preclusivo. El precepto hace referencia al extranjero que se encuentre procesado o inculpado. *Prima facie* debemos advertir que dichos términos son lo suficientemente amplios para referirse al sujeto pasivo de la acción penal a lo largo del proceso, hasta que recaiga sentencia firme, ya que si bien *strictu sensu* procesado es

aquel sujeto contra el cual existen indicios racionales de criminalidad y contra el que se dicta un Auto de procesamiento en el Proceso Ordinario, artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, inculcado es un sustantivo con un significado lo suficiente amplio para abarcar cualquier momento procesal hasta que recaiga sentencia firme. Por otra parte, cabe destacar que el término procesado en el mentado precepto es equívoco, ya que la autorización se podrá realizar cuando el delito imputado esté castigado con una pena privativa de libertad inferior a seis años. Esta misma argumentación está contenida en la Instrucción núm. 4/2001, de 25 de julio, de la Fiscalía General del Estado, sobre la autorización judicial de la expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales.

Por otra parte, quizás de una forma un tanto reduccionista, el precepto se refiere a que el Juez podrá autorizar la expulsión, cuando parece que dicha autorización no sólo puede ser acordada por órganos jurisdiccionales unipersonales sino también colegiados. El dato de que la norma se refiera al Juez como el órgano jurisdiccional que debe realizar la autorización no constituye un elemento hermenéutico definitivo, ya que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 cuando se refiere a cualquier órgano jurisdiccional se refiere a «tribunal», según el apartado IV de su exposición de motivos, cuando es evidente que no todos los órganos jurisdiccionales del orden jurisdiccional civil son colegiados y cuando la legislación de planta vigente sólo otorga el término tribunal a órganos jurisdiccionales colegiados, artículo 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por otra parte, el órgano que ha autorizado la expulsión es unipersonal, un Juzgado de lo Penal, artículo 89 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que el precepto especifique tampoco si puede hacerlo antes, durante o después del enjuiciamiento. Pero, a

fortiori, la letra c) del apartado segundo del artículo 100 del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, dispone que en los supuestos previstos en el apartado séptimo del artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, «la autoridad judicial podrá autorizar su expulsión», así pues el Reglamento utiliza aún un término más amplio para designar el órgano jurisdiccional que puede evacuar la autorización.

Cabe traer a colación también que el apartado séptimo artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000 *in fine* dispone que en supuesto que hubiese recaído sentencia firme se aplicará lo dispuesto en artículo 89 del Código Penal. Así pues, producida la firmeza, apartado tercero del artículo 245 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la expulsión se incardinará dentro de la ejecución de la sentencia condenatoria, si se dan los requisitos del artículo 89 del Código Penal. A *contrario sensu* hasta que no haya recaído sentencia firme el órgano jurisdiccional que conoce de la causa podrá realizar la autorización prevista en el citado apartado séptimo del artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000.

Por otra parte, consideramos que la expulsión que ha autorizado el órgano jurisdiccional no supone una anticipación administrativa de la sanción penal, que vulneraría el principio de exclusividad jurisdiccional, ya que los hechos, sancionables en el proceso penal y en el procedimiento administrativo son distintos. En el primero, el objeto del proceso se refiere a la comisión en grado de tentativa de un delito de robo con fuerza en las cosas, artículos 16, 237 y 240 del Código Penal, y en el segundo se refiere a la comisión de un ilícito administrativo previsto en el artículo 54 o en los apartados a), b), c), d), y f) del artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000, relativo a la irregular situación admi-

Derecho penal

nistrativa del recurrente en territorio español. Así pues, no existe la identidad de hechos y fundamento prevista en el artículo 133 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992, ni tampoco concurre la obligación por parte de la Administración de suspender el procedimiento administrativo sancionador en trámite, cuando un órgano jurisdiccional proceda sobre los mismos hechos, prevista en el artículo 7 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que desarrolla el título IX, sobre la potestad sancionadora, de la citada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, a la cual nos debemos remitir en virtud de lo previsto en el artículo 50 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social y el artículo 92 del Real Decreto 864/2001, que la desarrolla.

Así pues, nos encontramos ante dos ilícitos de naturaleza y tipificación distintos cuya sanción simultánea no supone una lesión de la función jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado, apartado tercero del artículo 117 de la Constitución y artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.”

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 5ª.

Fecha: 15 de marzo de 2002.

Ponente: Dña. Carolina Rius Alarcó.

Voz: Penal. Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Resumen: “Se declara probado que E.O.P., mayor de edad y sin antecedentes penales, representa

ba un establecimiento de fotografía (...), próximo a las dependencias de la Oficina Única de Extranjería (...), a la cual acudían numerosos inmigrantes para regularizar su situación en nuestro país, y obtener los permisos administrativos necesarios para residir y trabajar en éste. Prevaleciéndose de tal proximidad, durante el segundo semestre del año 2000 y hasta el mes de enero del siguiente año 2001, el Sr. O.P. captó, por diversos medios, la atención de numerosos extranjeros, que acudieron a su establecimiento, y a los que ofreció tramitarles la obtención de dicha documentación, prometiéndoles que haría cuanto estuviera en su mano para que lograran los referidos permisos gubernativos, y solicitando a cambio la entrega de pequeñas cantidades de dinero. (...)

El Sr. O.P. era plenamente consciente y conocedor de que sus gestiones no iban a dar el fruto deseado por los inmigrantes, por cuanto que no podía cubrir los requisitos administrativos necesarios para la obtención de los permisos de trabajo y residencia, al no poder ofrecer un puesto de trabajo real y concreto a cada inmigrante solicitante. Sin embargo no comunicó esos extremos a los extranjeros que acudían a su establecimiento, a los que cobraba por sus servicios, sin informarles de lo inútil de las gestiones que iba a realizar.

A fin de dar esa apariencia de seriedad y formalidad a la tramitación que pensaba llevar a cabo, el Sr. O.P., creó, el 28 de junio de 2000, junto con su madre y su hermana, estas últimas desconocedoras de sus propósitos, una Organización No Gubernamental (...), que se inscribió en el Registro Oficial correspondiente, y cuyos fines eran, según sus propios estatutos, los de «la integración social y laboral de inmigrantes, y españoles que lo necesiten, con especial dedicación a mujeres maltratadas». Asimismo, también con la finalidad de crear una apariencia de verdadera gestión o trami-

tación burocrática, el Sr. O.P. procedía a incoar un expediente o carpeta por cada inmigrante, en el cual incluía fotocopias de la documentación o pasaporte de éste, así como, en la mayoría de los casos, una oferta de trabajo hecha por la referida ONG, como empleadora, y un certificado médico del ciudadano extranjero (...).

La defensa de este acusado argumentó en su descargo que el mismo no prometía la obtención del resultado deseado por los inmigrantes, de regularizar efectivamente su situación; y es cierto que así lo declararon algunos de ellos en la vista oral, y que también en ese sentido apunta el vídeo que se visionó en el juicio. Sin embargo, estima el Tribunal que ello no es óbice para entender cometido por aquél el delito continuado de estafa antes definido, por cuanto que lo que constituye el engaño, penalmente trascendente, que requiere para su apreciación el delito, es la apariencia de utilidad de sus gestiones que daba este acusado.

(...)

Lo reiterado y prolongado en el tiempo de esta actuación del acusado, así como el hecho de que el mismo cobrase por ella, excluyen, sin dejar lugar a dudas, a criterio de la Sala, el que aquél obrase de buena fe. Como resultó testificalmente acreditado, no se trató de un caso aislado o de casos esporádicos, en que el Sr. O.P. hubiese intentado ayudar a alguno de los inmigrantes que acudían a la Oficina única de Extranjería. Aquél desarrolló una actividad constante (se habló en el juicio de que había un trasiego de numerosas personas que en ocasiones llegaban a llenar el establecimiento; también evidenciando lo numeroso de la tramitación por el Sr.O. de las solicitudes, el resultado del registro practicado en su establecimiento), y recabó incluso los servicios de una empleada, D.J.L.E., a la que aludieron

varios de los testigos y él mismo, para que le ayudase a atender a los inmigrantes que acudían a solicitar sus servicios (explicando este acusado en el plenario que aquella «era una extranjera que se quedó a colaborar con él puesto que no podía rellenar él solo todas las solicitudes»). Por otro lado, no podía ignorar que sus gestiones, a las que él se dedicaba, no obtenían respuesta satisfactoria de la Autoridad gubernativa; siguiendo desarrollándolas pese a ello, e incluso indicando a los afectados que podrían considerar satisfechas sus pretensiones por silencio administrativo (...).

El acusado no negó haber desarrollado la actuación que se le imputa, aun cuando sí haber cobrado o pedido dinero directamente por sus servicios; y alegó en su descargo haber obrado movido de un ánimo altruista de ayudar a los inmigrantes. Ello también resulta desmentido por lo actuado, y en concreto, por lo siguiente: primero, por el hecho de que, como resultó abundantemente probado, por la testifical practicada en el plenario, aquél sí cobraba cantidades de dinero a los inmigrantes a los que aducidamente quería ayudar (...).

(...)

Por último, el hecho de que algunos testigos declarasen que les había sido indicada la conveniencia de denunciar o exponer estos hechos ante las fuerzas policiales resulta, a criterio del Tribunal, irrelevante para el enjuiciamiento de los mismos; por cuanto que la Sala tiene por probado que el delito se cometió, descartando lo actuado el que se tratase de un delito provocado en su comisión por dichas Fuerzas policiales; y dado que, cualesquiera que fueran las motivaciones que llevaron a los testigos inmigrantes a narrar lo sucedido, resulta patente la veracidad de sus concordantes relatos de los hechos.”

Derecho penal

Tribunal: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5ª.

Fecha: 10 de abril de 2002.

Ponente: D. Francisco Javier Vieira Morante.

Voz: Penal. Nacional peruana detenida. Delito de agresión sexual.

Resumen: No cabe duda de que la agresión sexual, producida en el ámbito de una detención, constituye un atentado a la integridad moral de la detenida, con abuso del cargo que desempeñaba en ese momento el acusado. El sometimiento de una persona con esa especial sujeción a un trato semejante, utilizándola como mero objeto de satisfacción de bajos instintos y aprovechándose cobardemente de la indefensión física y anímica derivada del ingreso en un inhóspito calabozo, tiene aptitud evidente para menoscabar la integridad moral de cualquiera, en cuanto degrada la propia consideración de la víctima, rebajándola a una condición inferior a la de persona o, parafraseando las palabras utilizadas por la Sala Quinta del Tribunal Supremo (Sentencia de 23 de marzo de 1993), reduciéndola a la condición de objeto, de fardo, de mera cosa, mediante su utilización para el procaz divertimento de otro, anulándola como persona libre y negándole, en definitiva, su condición de mujer.

Ahora bien, la compatibilidad a efectos de punición del delito contra la integridad moral del artículo 175 del Código Penal con la agresión sexual –curso ideal de delitos en terminología jurídica, al derivarse de una misma acción dos infracciones penales– está resuelta en el artículo 177 del Código Penal permitiendo el castigo por separado de los diferentes delitos, excepto cuando el atentado a la integridad moral estuviera especialmente castigado por la ley, que es lo que ocurre en este caso. La calificación de la agresión sexual por el subtipo agravado se realiza precisamente por la especial vulnerabilidad de la víctima a causa

de la situación de detención que sufría y de la condición de agente de la Autoridad del encargado de su custodia autor del delito. Esto es, los elementos fácticos que conformarían el atentado a la integridad moral están especialmente castigados dentro de la agresión sexual, incrementando considerablemente la pena.

Tribunal: Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6ª.

Fecha: 11 de abril de 2002.

Recurso de Queja: 43/2002.

Ponente: Dña. M.ª del Carmen Zabalegui Muñoz.

Voz: Penal. Plazo máximo de internamiento.

Resumen: “En el presente supuesto, (...) con independencia de la bondad de la medida administrativa de expulsión que no es competencia del Juez de Instrucción ni de esta Sala, lo cierto es que se han cumplido los requisitos formales exigidos por la Ley, además de concurrir el supuesto legal que prevé la medida de internamiento.

El aspecto más controvertido es la proporcionalidad de la medida, que exige ponderar otras cuestiones. Al respecto, del expediente se desprende que el súbdito ruso A.B. carece de domicilio en España, habiéndosele negado la residencia en nuestro país con fecha 13 de diciembre de 2001, por lo que carece de arraigo, razón por la cual es ajustada la medida de internamiento a los efectos de tramitar el procedimiento de expulsión.

Si bien la resolución recurrida fue plenamente ajustada a derecho en cuanto a la autorización del internamiento, en la misma se fijó el plazo legal máximo de 40 días a los efectos de tramitar el expediente de expulsión, sin descontar el plazo de 13 días por el que ya estuvo internado a esos efectos desde el día 31 de agosto al 12 de septiembre de 2001.

Derecho penal

Consideramos que aquel tiempo de internamiento debe acumularse al tiempo transcurrido desde el día 9 de marzo hasta la fecha, por cuanto los distintos períodos de internamiento se dieron en el mismo expediente administrativo de expulsión (a pesar del nuevo acuerdo de iniciación obrante en el recurso), dado que el procedimiento se siguió contra un mismo individuo y por una misma estancia continuada en España, quedando en libertad tras el primer período por haber solicitado la residencia en nuestro país, que le fue

denegada con fecha 13 de diciembre de 2001, razón por la cual a partir del día 9 de marzo de 2002 el tiempo máximo de internamiento que hubiera debido fijarse era de 27 días, al serle de abono los 13 días que ya estuvo en aquella situación, por lo que al haber transcurrido a fecha de hoy el plazo legalmente establecido, la medida de internamiento debe quedar sin efecto. Por lo anterior, procede estimar parcialmente el recurso de queja interpuesto.”

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN MATERIA DE NACIONALIDAD Y ESTADO CIVIL (enero-abril 2002)

AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de León

NACIONALIDAD

ATRIBUCIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2ª de 5 de enero de 2002.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: *No es español "iure soli" el nacido en España hijo matrimonial de zaireños.*

En el expediente sobre declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción (...).

Por escrito presentado (...), ambos de nacionalidad zaireña, solicitaban la declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción para su hijo (...), nacido en Madrid el 30 de junio de 1993.

La petición se funda en la forma de atribución *iure soli* de la nacionalidad española a favor de los nacidos en España de padres extranjeros si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad (...). Ahora bien, este precepto no beneficia al interesado porque, de

acuerdo con el conocimiento adquirido de la legislación zaireña, tienen esta nacionalidad los nacidos fuera del territorio de la República Democrática del Congo si uno de los progenitores es zaireño. Consiguientemente no se da la situación de apatridia originaria que permitiría la aplicación de la norma recordada del art. 17 del Código Civil.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 16 de enero de 2002.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: *Rectificando doctrina anterior se declara que es español "iure soli" el nacido en España hijo no matrimonial de marroquíes cuando el reconocimiento de la paternidad no matrimonial no es válido para la ley marroquí.*

Por escrito presentado en el Registro Civil (...), mayores de edad, marroquíes, soltero y divorciada, (...), solicitaban la declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción de su hijo con filiación no matrimonial (...). Adjuntaban al escrito: respecto del hijo: certificación literal de nacimiento, certificado de empadronamiento y atestación consular negativa de inscripción de nacimiento por falta de matrimonio de los padres, y respecto de

la madre: permiso de trabajo y residencia y atestación de divorcio.

El Juez Encargado del Registro Civil dictó auto el 20 de abril de 2001 declarando con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen del menor al no ser marroquí por no estar incluido en ninguno de los supuestos del art. 6 del Dahir: ser hijo de padre marroquí con filiación paterna legítima o de madre marroquí y padre desconocido ya que, en este supuesto era hijo de padre conocido pero no unido en matrimonio marroquí con la madre del menor.

Aunque la legislación marroquí siga un criterio de *ius sanguinis* en orden a la atribución de la nacionalidad marroquí a los nacidos fuera de Marruecos de padre marroquí, esta conclusión ha de entenderse matizada, a la vista del conocimiento adquirido de la nacionalidad marroquí y de las atinadas consideraciones del auto apelado, en el sentido de que es necesario para esa atribución de la nacionalidad marroquí por filiación paterna no matrimonial que esta determinación de la filiación no matrimonial sea válida para el ordenamiento marroquí lo que no ocurre en este caso pues, no rigiendo en esa legislación el principio *locus regit actum*, la determinación de la filiación paterna de acuerdo con las leyes españolas carece de eficacia en Marruecos, de modo que en este caso el hijo no adquirió al nacer *iure sanguinis* la nacionalidad marroquí del padre. Y si es cierto que también es marroquí el nacido en el extranjero de madre marroquí y de padre desconocido, este supuesto no es el de este caso ya que el padre es conocido.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 21 de enero de 2002.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: *Es español "iure soli" el nacido en España hijo de ecuatorianos, cuya estancia en España no puede estimarse transitoria.*

Véanse en este sentido las Resoluciones de la DGRN de 28, 29, 30 y 31 enero; 4, y 14 de febrero, 27 de marzo y 11 de abril de 2002.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2ª de 21 de enero de 2002.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: *Es española "iure soli" la nacida en España, hija de colombiano y de ecuatoriana, cuando la residencia de ésta en España no puede estimarse transitoria.*

La Juez Encargada del Registro Civil dictó auto con fecha 2 de octubre de 2001 denegando lo solicitado haciendo, entre otras, las siguientes manifestaciones: en cuanto a la nacionalidad colombiana del progenitor, aun cuando conforme a su ley personal no se atribuye dicha nacionalidad al hijo nacido en el extranjero, es evidente que sí ostenta la nacionalidad ecuatoriana desde su nacimiento por aplicación del *ius sanguinis* no siéndole de aplicación el art. 17.1.c) del CC, ya que no se da la apatridia que trata de prevenir dicha norma. Conforme al conocimiento adquirido por este Centro Directivo de la legislación ecuatoriana, hay que concluir que sólo adquieren automáticamente la nacionalidad ecuatoriana los nacidos en el extranjero de padre o madre ecuatoriano por nacimiento, si el padre o la madre está al servicio de El Ecuador o de un organismo internacional o "transitoriamente ausentes del país por cualquier causa"; en cualquier otro caso la

Resoluciones de la DGRN

nacionalidad ecuatoriana de los nacidos en el extranjero de padre o madre ecuatoriano por nacimiento sólo se adquiere por virtud de un acto posterior, como es, bien el hecho de domiciliarse en El Ecuador, bien una manifestación de voluntad de ser ecuatorianos formulada a partir de los dieciocho años de edad por los residentes en el extranjero.

El caso actual está comprendido en estas últimas hipótesis; el nacido no tenía cuando nació, la nacionalidad ecuatoriana de su progenitor, porque no estaba al servicio de El Ecuador o de un organismo internacional y porque no hay ningún indicio de que su estancia en España sea transitoria o pasajera; al contrario, son datos de los que se deduce la residencia habitual de los interesados en España el certificado del padrón municipal y el domicilio designado en la propia inscripción de nacimiento del nacido. Se trata pues, de una situación de apatridia originaria del nacido en la cual la atribución *iure soli* de la nacionalidad española se impone. No ha de importarse que el nacido pueda adquirir más tarde *iure sanguinis* la nacionalidad ecuatoriana, pues este hecho no puede llevar consigo por sí solo la pérdida de la nacionalidad española, atribuida *ex lege* y de modo definitivo en el momento del nacimiento. Conviene resaltar que en ningún caso puede interpretarse el art. 7, apartado 2, de la Constitución ecuatoriana en el sentido de estimar que todo nacido en el extranjero de progenitor ecuatoriano es desde su nacimiento *iure sanguinis* ciudadano ecuatoriano, sin perjuicio de que se produzca una pérdida de esta nacionalidad, si el padre o la madre manifiestan una voluntad contraria. Esta interpretación choca con la letra del art. 7, apartado 2.1, y resulta completamente contradictoria con los apartados 2.2 y 2.3 del mismo artículo.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 4^a de 5 de febrero de 2002.

Voz: Nacionalidad. Atribución por nacimiento en España.

Resumen: No son españolas "*iure soli*" las nacidas en España hijas matrimoniales de marroquí y de ecuatoriana, a las que corresponde "*iure sanguinis*" la nacionalidad marroquí.

De acuerdo con el conocimiento adquirido de la legislación ecuatoriana (...), el nacido fuera de Ecuador de padre o madre ecuatoriano por nacimiento que no esté al servicio de Ecuador o de un organismo internacional o transitoriamente ausente del país por cualquier causa no adquiere al nacer la nacionalidad ecuatoriana. Las dudas se plantean en cuanto a la legislación marroquí porque es necesario desentrañar el alcance de esta legislación en cuanto a la atribución *iure sanguinis* de la nacionalidad marroquí a los nacidos fuera de Marruecos de padre marroquí.

No obstante la conclusión contraria a la que llegó la Resolución (...), se impone ahora, de acuerdo con el conocimiento más exacto adquirido de la legislación marroquí, confirmar la doctrina anterior de la Dirección General, contenida en las demás Resoluciones citadas en los vistos, en el sentido de que el nacido fuera de Marruecos de padre marroquí, siendo su filiación matrimonial, tiene *de iure* desde su nacimiento la nacionalidad marroquí de su padre, con independencia de las dificultades *de facto* con que se encuentre en el Consulado marroquí para documentarse como nacional de este país y para que sea reconocido el matrimonio de su padre. No hay, por otra parte, dificultades insuperables en este caso para que sea reconocida en Marruecos la validez de un matrimonio civil celebrado en España entre un marroquí musulmán y una cristiana.

Siendo esto así y correspondiendo a las nacidas *iure sanguinis* la nacionalidad marroquí de su padre, no les corresponde a las mismas *iure soli* la nacionalidad española y no es posible aprobar el expediente para la declaración con valor de presunción de la nacionalidad española.

* * *

NOTA. 1. De las cinco decisiones reseñadas podemos observar que de los expedientes con valor de simple presunción tramitados tan sólo tres finalizan otorgando la nacionalidad española. Desde luego, ni en el caso de los nacidos en España de progenitores zaireños ni de los nacidos de padre marroquí y madre ecuatoriana se ha podido acreditar la apatridia originaria. En cambio, se concluye la nacionalidad española por mero nacimiento en España si los progenitores son ecuatorianos, o el padre colombiano y la madre ecuatoriana o los hijos de marroquíes casados válidamente según la *lex loci celebrationis* cuando el Ordenamiento marroquí no reconoce la validez del reconocimiento de la paternidad matrimonial.

2. Con relación a los hijos de zaireños nacidos en España, el Centro Directivo ya se ha pronunciado en varias ocasiones entre las que cabe mencionar (Res. DGRN de 6 de septiembre de 1995 y de 15 de marzo de 1996, 3^o de 5 de junio de 1999 y 3^o de 11 de junio de 2001). En el mismo sentido, se pronuncia la Res. DGRN 2^a de 5 de enero de 2002 al afirmar que: "... este precepto –art. 17.1.c) del Cc– no beneficia al interesado porque, de acuerdo con el conocimiento adquirido de la legislación zaireña, tienen esta nacionalidad los nacidos fuera del territorio de la República Democrática del Congo si uno de los progenitores es zaireño. Consiguientemente, no se produce la situación de apatridia originaria que permitiría la

aplicación de la norma recordada del artículo 17 del Código Civil”.

Tampoco son españolas las nacidas en España hijas matrimoniales de marroquí y de ecuatoriana, como se afirma en la Res. DGRN 4^a de 5 de febrero de 2002. En esta decisión se afirma que: “el nacido fuera de Marruecos de padre marroquí, siendo su filiación matrimonial, tiene *de iure* desde su nacimiento la nacionalidad marroquí de su padre, con independencia de las dificultades *de facto* con que se encuentre en el Consulado marroquí para documentarse como nacional de este país y para que sea reconocido el matrimonio de su padre”.

3. Los nacidos en España de padres ecuatorianos son españoles si la estancia de sus progenitores no puede ser considerada temporal. Son numerosos los casos solucionados con relación Ecuador desde la Res. DGRN 2^a de 21 de junio de 1999, probablemente coincidiendo con la entrada en vigor del Canje de Notas por el que se procedió a modificar el art. 8 del Convenio de doble nacionalidad entre España y Ecuador. A partir de esa fecha, el Centro Directivo se ha enfrentado en múltiples recursos a los expedientes de declaración con valor de simple presunción de nacidos en España de progenitores de nacionalidad ecuatoriana. La DGRN tiene muy claro que: “... Conforme al conocimiento adquirido por este Centro Directivo de la legislación ecuatoriana, hay que concluir que sólo adquieren automáticamente la nacionalidad ecuatoriana los nacidos en el extranjero de padre o madre ecuatoriano por nacimiento, si el padre o la madre está al servicio de El Ecuador o de un organismo internacional o «transitoriamente ausentes del país por cualquier causa»; en cualquier otro caso la nacionalidad ecuatoriana de los nacidos en el extranjero de padre o madre ecuatoriano por nacimiento sólo se adquiere

Resoluciones de la DGRN

por virtud de un acto posterior, como es, bien el hecho de domiciliarse en El Ecuador, bien una manifestación de voluntad de ser ecuatorianos formulada a partir de los dieciocho años de edad por los residentes en el extranjero”.

Por tanto, si se demuestra el nacimiento del hijo de ecuatorianos en España y que sus progenitores no se encuentran al servicio de la República de Ecuador o que su residencia en España no puede considerarse temporal, entonces al nacido en territorio español se le declara español de origen. En cambio, si los padres están fuera del país sólo de forma transitoria y no ha declarado su voluntad contraria se estima que el nacido en España es ecuatoriano (Cf. J. Díez del Corral Rivas, “Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el estado civil durante el año 2001”, AC, 2002, nº 27, pp. 914, nota 6). En esta crónica el expediente de declaración con valor de simple presunción ha recibido una respuesta positiva con respecto a hijos de ecuatorianos en las siguientes decisiones (Res. DGRN 1ª y 2ª de 21 de enero de 2002, veinte de 28 de enero 2002, nueve de 29 de enero de 2002, diez de 30 de enero de 2002, diez de 31 enero de 2002, veinte de 4 de febrero de 2002, veintinueve de 14 de febrero de 2002, 1ª y 2ª de 27 de marzo 2002 y tres de 11 de abril de 2002, 1ª y 2ª de 23 de abril de 2002).

También se llega a la conclusión de que son españoles por nacer en territorio español los hijos de padre colombiano y madre ecuatoriana. En la Res. DGRN 2ª de 21 de enero de 2002 se aborda el tema; que, como hemos reseñado anteriormente, es nítido con respecto a la legislación ecuatoriana. Por su parte, el Centro Directivo ya se había pronunciado también sobre la nacionalidad española de los hijos de colombianos nacidos en España (Res. DGRN 2ª de 17 de diciembre de 1997). Con argumentos

similares para el supuesto del nacido en España de progenitor chileno y madre ecuatoriana (Res. DGRN 2ª de 11 de abril de 2002), o el nacido en España de progenitor peruano y madre ecuatoriana (Res. DGRN 3ª de 11 de abril de 2002).

4. En todo caso, la decisión más relevante de esta crónica está representada por la Res. DGRN 1ª de 16 de enero de 2002 al resolver sobre la nacionalidad española de los nacidos en España de progenitores marroquíes casados válidamente conforme a las formas establecidas por el Estado en el que han celebrado el matrimonio, pero que la legislación marroquí no considera válido. Desde luego, son múltiples los supuestos que han llegado ante el Centro Directivo para interpretar la legislación marroquí. A modo de ejemplo, se puede citar una de las primeras estas decisiones que data de 1994 (Res. DGRN 1ª de 5 septiembre 1994).

La postura del Centro Directivo de la lectura inicial de las normas de nacionalidad marroquíes lleva a concluir que en el Ordenamiento marroquí se recoge como principio general de atribución de la nacionalidad el criterio del *ius sanguinis*. Ciertamente, el art. 6 del Dahir permite interpretar que la legislación marroquí sigue el principio del *ius sanguinis* en orden a la atribución de la nacionalidad marroquí a los nacidos fuera de Marruecos, pues basta con ser hijo de padre marroquí con filiación paterna legítima o de madre marroquí y padre desconocido para ser considerado como marroquí.

Esta interpretación que acabamos de exponer conllevó a la clara resolución negativa de los expedientes presentados por los nacidos en España de progenitores marroquíes. Ahora bien, desde hace algunos años el Consulado marroquí acreditado en Madrid se negaba a inscribir a los hijos de los marroquíes que

habían contraído matrimonio al margen de la ley marroquí. Los matrimonios civiles celebrados en España o fuera de Marruecos según la *lex loci celebrationis* no son considerados válidos por las autoridades marroquíes. Por esta razón, los hijos nacidos de esa relación matrimonial no reconocida por las autoridades marroquíes no son documentados como marroquíes. El enfrentamiento entre la tesis de los cónsules marroquíes y la postura de la DGRN produjo situaciones anómalas dando lugar a que los hijos de esas personas hayan tenido que ser consideradas apátridas para poder resolver la cuestión desde la perspectiva española. El Centro Directivo, en cumplimiento de la obligación internacional adquirida por España, en virtud del art. 7 del Convenio de Nueva York, sobre Derechos del Niño, ha realizado una nueva interpretación considerando españoles a los hijos de marroquíes. La Res. DGRN 1ª de 16 de enero de 2002, objeto de esta anotación, es la primera en la que el Centro Directivo acepta la postura de que no es lo mismo ser hijo nacido de una relación matrimonial no reconocida por Marruecos que ser hijo de padre desconocido y madre marroquí. En los fundamentos de esta decisión se puede leer que: "... Aunque la legislación marroquí siga un criterio de *ius sanguinis* en orden a la atribución de la nacionalidad marroquí a los nacidos fuera de Marruecos de padre marroquí, esta conclusión ha de entenderse matizada, a la vista del conocimiento adquirido de la nacionalidad marroquí y de las atinadas consideraciones del auto apelado, en el sentido de que es necesario para esa atribución de la nacionalidad marroquí por filiación paterna no matrimonial que esta determinación de la filiación no matrimonial sea válida para el ordenamiento marroquí lo que no ocurre en este caso pues, no rigiendo en esa legislación el principio *locus regit actum*, la determinación de la filiación paterna de

acuerdo con las leyes españolas carece de eficacia en Marruecos, de modo que en este caso el hijo no adquirió al nacer *iure sanguinis* la nacionalidad marroquí del padre. Y si es cierto que también es marroquí el nacido en el extranjero de madre marroquí y de padre desconocido, este supuesto no es el de este caso ya que el padre es conocido". El mismo criterio ha sido mantenido en la Res. DGRN 4ª de 23 de abril de 2002.

OPCIÓN A LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2ª de 16 de enero de 2002.

Voz: Nacionalidad. Opción.

Resumen: (...) 1º *Habiendo adquirido la madre en 2000 la nacionalidad española por residencia, se inscribe el nacimiento acaecido en la República Dominicana en 1989, así como la opción formulada por los padres para una menor de catorce años con autorización del Encargado del domicilio, porque la certificación dominicana de nacimiento ofrece aquí las suficientes garantías y está acreditada la filiación materna.*

2º *No se inscribe el nacimiento ni la opción de otra hermana nacida en 1985 porque, a salvo el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, la certificación dominicana de nacimiento no acredita la filiación materna; además no ha comparecido la interesada, mayor de 14 años, asistida de sus representantes legales.*

Resoluciones de la DGRN

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1º de 24 de enero de 2002.

Voz: Nacionalidad. Opción.

Resumen: (...) *1º Es inscribible este reconocimiento efectuado en escritura pública a favor de una mayor de edad que ha prestado su consentimiento, sin que quepa en la calificación aducir sospechas sobre la falta de veracidad biológica.*

2º Determinada la paternidad de un español después de los 18 años de edad de la reconocida, surge a favor de ésta en el plazo de dos años el derecho a optar por la nacionalidad española.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3ª de 2 de febrero de 2002.

Voz: Nacionalidad. Opción.

Resumen: (...) *1º No cabe cuando el optante era ya mayor de edad según su estatuto personal cuando su madre adquirió la nacionalidad española por residencia.*

2º Cabe inscribir el nacimiento del interesado, por transcripción de la certificación dominicana acompañada que reúne las suficientes garantías, por afectar el hecho al estado civil de la madre española, pero haciendo constar en el asiento que no está acreditada la nacionalidad española del nacido.

Aunque no haya sido apreciado este aspecto por el acuerdo apelado, debe ser estimado de oficio que el pretendido optante a la nacionalidad española no ha estado nunca sujeto a la patria potestad de una española, de modo que no ha surgido la opción a la nacionalidad española por este concepto conforme al art. 20 del Código Civil. En efecto, el interesado nació el 1 de diciembre de 1982 y la madre ha adqui-

rido la nacionalidad española por residencia el 22 de marzo de 2001. El interesado era, pues, mayor de edad según su estatuto personal cuando la madre devino española.

Por lo demás el nacimiento del interesado afecta al estado civil, a la relación materno-filial, de una española por lo que el nacimiento puede inscribirse, si así se solicita, en el Registro Civil español (...), aunque eso sí con la advertencia expresa de que no está acreditada conforme a la ley la nacionalidad española del nacido (...). No debe dudarse en este caso que la certificación dominicana de nacimiento acredita la filiación materna respecto de una española, si se tiene en cuenta que la inscripción dominicana, aun fuera de plazo, se extendió por declaración de la madre y ha sido ratificada por sentencia, sin que se observen contradicciones entre esta inscripción y lo que manifestó la madre al adquirir la nacionalidad española.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria:

1º Revocar el auto apelado.

2º Desestimar el recurso sin perjuicio de lo indicado en el último fundamento jurídico.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 5ª de 2 de febrero de 2002.

Voz: Nacionalidad. Opción.

Resumen: (...) *No pueden inscribirse sin expediente nacimientos acaecidos en Guinea Ecuatorial en 1980 y 1990, alegando que la madre se naturalizó española en 1996, porque las certificaciones guineanas acompañadas, por falta de garantías, no acreditan la filiación paterna alegada; por lo mismo no caben*

las opciones a la nacionalidad española intentadas, aparte de que para la nacida en 1980 ha caducado el plazo para optar.

Para que un nacimiento acaecido en el extranjero pueda inscribirse en el Registro Civil español es necesario que aquél afecte a algún ciudadano español (...), pudiendo prescindirse de la tramitación del expediente de inscripción fuera de plazo cuando se presente certificación del asiento extendido en Registro extranjero, (...) y siempre que el Registro extranjero “sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española”.

En el presente caso la presunta madre adquirió la nacionalidad española por residencia en 1996 y se intenta inscribir, por medio de sendas certificaciones extranjeras, el nacimiento de dos de sus hijas acaecidos en Guinea Ecuatorial en 1990 y 1980. Ahora bien, las inscripciones de nacimiento de éstas se han extendido fuera de plazo en 1999 y 2000, respectivamente, por virtud de un expediente no se sabe a instancia de quién y sin que conste intervención alguna de la madre.

En esta situación –y sin perjuicio de lo que pudiera decidirse en el expediente de inscripción fuera de plazo, a la vista de las pruebas que en él se presenten– hay que concluir que las certificaciones guineanas acompañadas no reúnen las condiciones exigidas (...), para dar fe de la filiación matrimonial alegada. Por lo mismo no puede considerarse acreditado por ahora que las pretendidas optantes a la nacionalidad española hayan estado sujetas a la patria potestad de una española (art. 20 del Cc).

Además, en el caso de (...), por razón de su

fecha de nacimiento -20 de agosto de 1980-, ha transcurrido el plazo máximo para el ejercicio de la opción, por lo que este derecho, de existir, habría caducado (...), al contar la interesada con más de veinte años de edad.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria:

1º Desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado

2º Dejar a salvo lo que pudiera decidirse en el expediente de inscripción fuera de plazo de nacimiento, siempre que en él se justifiquen los requisitos precisos.

Véanse en este sentido las Resoluciones de la DGRN de 16 y 26 de enero; 2, 11 y 15 de febrero; 4, 11, 21 y 27 de marzo de 2002.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 14 de marzo de 2002.

Voz: Nacionalidad. Opción.

Resumen: (...) *No cabe la opción por patria potestad si la optante era ya mayor de edad cuando su madre adquirió la nacionalidad española.*

* * *

NOTA. De las cinco resoluciones en las que se aborda la declaración opción tan sólo en una se accede a la petición (Res. DGRN 1ª de 24 de enero de 2002), y en otra parcialmente (Res. DGRN 2ª de 16 de enero de 2002), en las otras tres se rechaza por ausencia de cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 20 del Cc.

Este precepto al determinar sus destinatarios establece que debe tratarse de extranjeros que

Resoluciones de la DGRN

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). La ausencia de este requisito se alega en dos de las decisiones: Res. DGRN 3ª de 2 de febrero de 2002 y 1ª de 14 de marzo de 2002. En la primera de estas se argumenta que: “... debe ser estimado de oficio que el pretendido optante a la nacionalidad española no ha estado nunca sujeto a la patria potestad de una española, de modo que no ha surgido la opción a la nacionalidad española por este concepto conforme al artículo 20 del Código Civil. En efecto, el interesado nació el 1 de diciembre de 1982 y la madre ha adquirido la nacionalidad española por residencia el 22 de marzo de 2001. El interesado era, pues, mayor de edad según su estatuto personal cuando la madre devino española”.

Los otros supuestos de rechazo de la declaración de opción se debe 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 1ª de 5 de enero, 2ª de 12 de enero, 2ª, 6ª y 7ª de 16 de enero, 1ª y 2ª de 26 de enero, 1ª y 5ª de 2 de febrero, 2ª de 11 de febrero, 1ª, 2ª y 3ª de 15 de febrero, 2ª de 4 de marzo, 1ª de 11 de marzo, 1ª de 27 de marzo, 6ª de 18 de abril y 1ª de 25 de abril de 2002) o de Guinea Ecuatorial (vid. Res. DGRN 5ª de 16 de enero, 1ª de 11 de febrero 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. En este sentido, se ha manifestado la Res. DGRN 5ª de 2 de febrero de 2002 así como la

respuesta dada a una de las recurrentes en la Res. DGRN 2ª de 16 de enero de 2002.

Sin embargo, en esta reseña debe resaltarse la Res. DGRN 1ª de 24 de enero de 2002, porque es la única de esta anotación que aplica el art. 17.2 del Cc, lo cual no significa que sea totalmente novedosa, ya que tiene varios precedentes (vid. Res. DGRN 3ª de 17 de noviembre de 2001). Se trata de una persona cuyo progenitor español reconoce su paternidad en escritura pública, una vez cumplida la mayoría de edad. Determinada la paternidad después de los 18 años la interesada podrá acceder a la nacionalidad española de su progenitor siempre que formule la declaración de opción dentro de los dos años siguientes al descubrimiento. De todas formas, es necesario señalar que el art. 17.2 del Cc parece que sólo se aplica cuando la determinación tardía de la filiación se produce respecto de un español de origen. No cabe la ejercitada por una hija cuya madre adquirió la nacionalidad por residencia (Res. DGRN 2ª de 26 de abril de 2002).

PÉRDIDA Y RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 12 de enero de 2002.

Voz: Nacionalidad. Recuperación.

Resumen: (...) *La perdió el padre del interesado antes de 1948 por adquisición voluntaria de la nacionalidad argentina; el hijo nacido en Argentina en 1950 no puede recuperar una nacionalidad española que nunca ha ostentado.*

Si se tiene en cuenta que está probado que el padre español adquirió voluntariamente la nacionalidad argentina antes de 1948, ello

indica que perdió entonces la nacionalidad española por aplicación del artículo 20 del Código Civil en su redacción originaria, en la cual regía en toda su pureza el principio de unidad de la familia en materia de nacionalidad, de modo que la mujer seguía la condición y nacionalidad del marido y los hijos sometidos a la patria potestad de la nacionalidad del padre. Por lo tanto, el hijo nacido en 1950 no nació hijo de español y no puede recuperar una nacionalidad española que nunca ha ostentado.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, desestimar el recurso y confirmar el acuerdo apelado.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3^a de 12 de enero de 2002.

Voz: Nacionalidad. Pérdida.

Resumen: (...) *El padre perdió la nacionalidad española por adquisición voluntaria de la nacionalidad mejicana en 1944 y la madre por matrimonio antes de 1954; por lo tanto, la hija nacida en Méjico en 1950 no nació española.*

Si se tiene en cuenta que el padre español adquirió voluntariamente la nacionalidad mejicana en 1944 y que la madre española adquirió también esta nacionalidad por matrimonio, hay que concluir que uno y otro perdieron en ese momento la nacionalidad española por aplicación de las normas entonces vigentes (...), de modo que la interesada no nació española y no es posible inscribir su nacimiento en el extranjero que no afecta a ningún ciudadano español (...).

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 4^a de 16 de enero de 2002.

Voz: Nacionalidad. Recuperación.

Resumen: (...) *La pérdida, para el español nacido en Brasil en 1966, se produjo en 1971 por dependencia familiar al haber el padre -nacido en España en 1922- adquirido voluntariamente en esa fecha la nacionalidad brasileña, estando libre del servicio militar y residiendo en Brasil más de 3 años.*

No puede dudarse de que cuando nació el interesado su padre era español nacido en España en 1922, porque está probado que éste no adquirió voluntariamente la nacionalidad brasileña hasta 1971, lo que supuso en aquel momento (...) la pérdida de la nacionalidad española, una vez libre del servicio militar español, y habiendo residido en Brasil más de tres años. Lo que sucede entonces es que el hijo perdió también en 1971 la nacionalidad española por dependencia familiar (...), al corresponderle seguir la nacionalidad brasileña del padre que ya ostentaba *iure soli*. Lo procedente es, pues, que ahora como hijo de emigrante recupere la nacionalidad española con apoyo en el artículo 26 del Código Civil.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3^a de 24 de enero de 2002.

Voz: Nacionalidad. Pérdida.

Resumen: (...) *1º Se produjo en 1953 por adquisición voluntaria de la nacionalidad mejicana, de modo que la hija nacida en Méjico en 1956 no nació española; 2º El pasaporte no prueba en el ámbito del Registro Civil la nacionalidad española; 3º No cabe la opción de la interesada a la nacionalidad española porque nunca ha estado sujeta a la patria potestad de un español.*

Resoluciones de la DGRN

Para que un nacimiento acaecido en el extranjero pueda inscribirse en el Registro Civil español es necesario que el mismo afecte a personas de nacionalidad española. No ocurre esto con el nacimiento debatido en Méjico en 1956 puesto que de las actuaciones se deduce que el padre, aunque originariamente español, se naturalizó mejicano en 1953. Hay que estimar, pues, que, de acuerdo con el artículo 20 del Código Civil en su redacción originaria, el padre perdió la nacionalidad española por adquisición voluntaria de la nacionalidad mejicana, sin que tenga importancia el hecho de que por medio de un procedimiento de rectificación del Registro Civil mejicano se haga constar que era español, porque la pérdida se produjo *ipso iure* o automáticamente en cuanto concurren todos sus presupuestos de hecho (...) y sin que ninguna norma extranjera pueda obviamente contradecirla. Tampoco es argumento el hecho de que el padre esté en posesión de pasaporte español ya que su tenencia no acredita la nacionalidad española, por tener valor tal documento únicamente en el ámbito administrativo, pero no ante el Registro Civil por ser materia de derecho privado en la que se aplican supletoriamente las leyes procesales (...). Por tanto no constando en el Registro la recuperación de la nacionalidad española perdida, el padre del interesado sigue ostentando la nacionalidad mejicana.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3ª de 5 de febrero de 2002.

Voz: Nacionalidad. Recuperación.

Resumen: (...) 1º *El padre perdió la nacionalidad española en 1945 (art. 20 del Cc originario) al adquirir voluntariamente la nacionalidad cubana y esta pérdida arrastró por dependencia familiar (art. 18 del Cc originario) a la hija nacida en Cuba en 1939; 2º La hija puede recuperar como hija de emigrante.*

No puede dudarse de que el padre, nacido en España, mantenía la nacionalidad española cuando nació la hija, porque está acreditado que no adquirió voluntariamente la nacionalidad cubana hasta 1945, lo que supuso entonces la pérdida de su nacionalidad española (...) y esta pérdida llevaba consigo por dependencia familiar la pérdida de la nacionalidad española de su hija sujeta a la patria potestad de su padre (...). Consiguientemente para inscribir el nacimiento de la interesada en el Registro Central es necesario que previamente ésta recupere la nacionalidad española como hija de emigrante al amparo del artículo 26 de Código Civil.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 6 de marzo de 2002.

Voz: Nacionalidad. Recuperación: requisitos.

Resumen: (...) *Tratándose de nietos de emigrantes, la recuperación requiere la residencia legal en España o la dispensa de este requisito por el Ministerio de Justicia.*

Con fecha 26 de julio de 2000, mediante comparecencia en el Consulado General de España en Caracas (...), nacida en Tetuán (Marruecos) el 12 de diciembre de 1936, inscrita en el Registro Civil Consular de Tetuán, hija de padre de nacionalidad marroquí y madre de nacionalidad española nacida en Marruecos y domiciliada en ese país (...).

A los efectos de la recuperación de la nacionalidad española, es emigrante el nacido en España que ha adquirido la nacionalidad española, trasladado su domicilio al extranjero y adquirido otra nacionalidad, sin necesidad de investigar los motivos de la emigración ni los de la adquisición de la nacionalidad extranjera.

Este concepto amplio, pero literal, de la expresión “emigración” es el que prevaleció oficialmente en la interpretación de las Leyes 51/1982, de 13 de julio y 18/1990, de 17 de diciembre, en materia de nacionalidad (...) y no hay ningún motivo para cambiar de criterio en su interpretación de la vigente Ley 29/1995, de 2 de noviembre. Sin embargo, a pesar de la amplitud del citado concepto, no entra en el mismo el caso ahora examinado en que la promotora nació en Tánger (Marruecos) de padre y madre nacidos en la misma localidad, por lo que no concurre en la misma la condición de emigrante ni de hija de emigrantes, por lo que la eventual recuperación de la nacionalidad española de la promotora requería bien el requisito de la residencia legal en España, bien su dispensa por el Ministerio de Justicia (...).

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3ª de 14 de marzo de 2002.

Voz: Nacionalidad. Pérdida.

Resumen: (...) *Se produjo al llegar a la mayoría de edad para el español nacido en Cuba en 1922 por asentamiento voluntario a la nacionalidad cubana; la hija nacida en Cuba en 1952 no nació española.*

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: de 4 de abril de 2002.

Voz: Nacionalidad. Pérdida: requisitos.

Resumen: (...) *La pérdida de la nacionalidad española por renuncia ha de inscribirse al margen del asiento de nacimiento, por lo que su calificación o la aprobación del expediente corresponde al Encargado de este Registro Civil, y no al del domicilio cuya incompetencia se declara de oficio.*

La pérdida de la nacionalidad española por renuncia expresa del español emancipado (...), ha de inscribirse al margen del asiento de nacimiento (...), bien como resultado de la calificación de los documentos públicos que la acreditan plenamente, bien como resultado del expediente tramitado *ad hoc* (...). En uno y otro caso, la competencia para la calificación o la decisión del expediente corresponde al Encargado del Registro Civil correspondiente al lugar de nacimiento y no al Encargado del Registro Civil del domicilio que a lo sumo puede intervenir en la primera fase de auxilio registral de dicho expediente.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: de 9 de abril de 2002.

Voz: Nacionalidad. Recuperación: requisitos.

Resumen: (...) *No es posible la inscripción si no está acreditado suficientemente que la interesada fue española en un momento anterior.*

Para que sea posible la inscripción de una recuperación de la nacionalidad española es necesario probar suficientemente que el interesado ha ostentado *de iure* esta nacionalidad en un momento anterior. No ocurre así en el presente caso en el que la interesada nació en España en 1953 y su padre había nacido en Francia, sin que conste su nacionalidad española. Por lo demás, aunque la madre había nacido también en España y en ella estuviera domiciliada en el momento del nacimiento de la hija, no le beneficia a ésta la atribución de la nacionalidad española *iure soli* (...), ya que esta norma, (...), no tuvo eficacia retroactiva y no puede aplicarse a un nacimiento acaecido antes de la entrada en vigor de dicha Ley de 1954.

Resoluciones de la DGRN

Ha de quedar a salvo que en expediente con valor de simple presunción de la competencia del Encargado del Registro Civil del domicilio (...) se declare que el padre de la interesada era español cuando nació su hija.

* * *

NOTA. 1. De las nueve decisiones reseñadas nos encontramos con una de pérdida y ocho de eventual recuperación. De estas últimas, la base del pronunciamiento consiste en averiguar si se cumplen los requisitos para poder volver a gozar de la nacionalidad española. Con buena lógica el Centro Directivo se interroga en todas ellas si el interesado previamente fue español o gozó de la nacionalidad española en algún momento de su vida. En concreto, en cinco casos se ha acreditado que el progenitor ya no era español en el momento de nacer sus hijos, por tanto éstos no han podido ser españoles por atribución *iure sanguinis* de la nacionalidad paterna. Tan sólo en dos supuestos se consigue acreditar que el progenitor continuaba con la nacionalidad española en el momento de nacer el hijo aunque también sería suficiente con que el progenitor fuese español en el momento de la concepción (Res. DGRN 2ª de 7 septiembre 2001). Por otro lado, en otra resolución se analiza la necesidad del requisito de residencia legal u obtención de dispensa de la misma a un nieto de emigrante que quiere recuperar la nacionalidad española.

2. En cuanto a la pérdida de la nacionalidad nos encontramos con la Res. DGRN de 4 de abril de 2002 en la que se resuelve sobre la competencia o incompetencia del Juez Encargado del Registro Civil del domicilio para proceder a la inscripción de la pérdida de la nacionalidad por renuncia. Si se dan los requisitos exigidos en el art. 24.2 del Cc para que la renuncia produzca la pérdida de la nacionali-

dad –es decir, ser mayor de edad o estar emancipado, tener otra nacionalidad, residir fuera de España y que España no se halle en guerra–.

La declaración de renuncia debe tener constancia registral. En esta decisión se plantea quién debe practicar la mencionada inscripción. No existe duda alguna que debe ser el Encargado del Registro Civil en el que consta el nacimiento del interesado. Lógicamente, a éste le corresponde la competencia para calificar y decidir si se cumplen los requisitos para que se produzca la pérdida así como la práctica posterior de la inscripción de la mencionada pérdida. Ahora bien, ello no implica que el Encargado del Registro Civil del domicilio no pueda actuar en una primera fase de auxilio judicial, pero claramente no tiene competencia para decidir sobre la pérdida.

En cinco decisiones se mantiene que no es posible la recuperación por ausencia de acreditación de que previamente los recurrentes hubieren sido españoles. En cuatro de estas resoluciones nos encontramos con supuestos de pérdida de la nacionalidad española por el progenitor antes del nacimiento de los hijos. Normalmente se trata de casos de pérdida por adquisición voluntaria de la nacionalidad extranjera: en uno de estos supuestos, por adquisición de la nacionalidad argentina (Res. DGRN 1ª de 12 de enero de 2002); en dos, por adquisición de la nacionalidad mexicana (Res. DGRN 3ª de 12 y 3ª de 24 de enero de 2002); y, en otra, por adquisición de la nacionalidad cubana (Res. DGRN 3ª de 14 de marzo de 2002). Se ha demostrado que el progenitor perdió su condición de español antes de nacer su hijo por lo que éste nunca ha sido español de lo que se deduce que no puede recuperar una nacionalidad que nunca ha ostentado.

En la Res. DGRN de 9 de abril de 2002 también se llega a la conclusión de que no cabe la recu-

peración porque no se ha conseguido demostrar que la recurrente haya tenido la nacionalidad española, pues aunque nació en España en 1953 y su madre era española y estaba domiciliada en España al tiempo de su nacimiento, no se puede concluir que haya tenido la nacionalidad española *iure soli* ya que el art. 17.3 del Cc, redacción de 15 de julio de 1954 no tuvo efectos retroactivos. En la actualidad, la solicitante es una de las eventuales beneficiarias del nuevo artículo 20.1.b) del Cc, redacción dada por la Ley 36/2002, de 8 de octubre.

4. En cambio, en dos casos, el progenitor perdió la nacionalidad después del nacimiento de sus hijos por lo que pudo transmitir la nacionalidad a los mismos. No obstante, éstos perdieron la nacionalidad, como consecuencia del principio de la unidad jurídica de la familia, en el momento en que se produjo la pérdida para el progenitor. En este sentido, se manifiesta en la Res. DGRN 4^a de 16 de enero de 2002 al referirse a un hijo de un español nacido en Brasil en 1966 que perdió la nacionalidad por dependencia familiar en 1971. Se trata de un caso claro de recuperación y emigración, por lo que puede solicitar la nacionalidad sin cumplir el requisito de residencia legal en España. También, esta misma postura se puede mantener en el supuesto conocido en la Res. DGRN de 5 de febrero de 2002, pues el padre de la recurrente perdió la nacionalidad por adquisición de la nacionalidad cubana después del nacimiento de su hija. Se demuestra que la interesada fue española al menos durante seis años de su vida, por lo que se procederá a la inscripción de nacimiento sólo si previamente solicita la recuperación de la nacionalidad española.

En la última decisión que vamos a analizar es la Res. DGRN de 6 de marzo de 2002, la solicitante demuestra que había sido española y para recuperar se le exige la residencia legal

en España. Se ha procedido a analizar si concurría en su persona la condición de emigrante o hija de emigrante pero el Centro Directivo ha llegado a la conclusión de que si nació en Marruecos de progenitores también nacidos en ese mismo país no puede quedar englobada dentro del concepto de “emigrante o hijo de emigrante” recogido en el art. 26 del Cc, en su redacción dada por la Ley 29/1995, de 2 de noviembre. De hecho, si quiere recuperar la nacionalidad española residiendo en el extranjero, lo que se deduce porque la petición fue realizada ante el Cónsul español en Caracas, deberá solicitar previamente la dispensa de la residencia legal en España. Ésta se concede discrecionalmente por el Ministro de Justicia si concurren en el solicitante razones excepcionales. Dichas razones se encuentran reguladas en la Orden de 11 de julio de 1991, sobre tramitación de expedientes de dispensa del requisito de residencia en España 1991 (BOE, 24 de julio de 1991).

DOBLE NACIONALIDAD POR RAZÓN DE EMIGRACIÓN

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 4^a de 27 de marzo de 2002.

Voz: Nacionalidad. Pérdida y recuperación.

Resumen: (...) *Si no cabe la conservación de la nacionalidad española formulada en 1985 por quien había perdido esa nacionalidad en 1977 al adquirir voluntariamente la nacionalidad francesa, sí que es posible inscribir el acta de conservación como de recuperación por cumplirse los dos únicos requisitos que exigía la disposición transitoria de la Ley de 13 de julio de 1982 para la recuperación por los emigrantes.*

El problema que se plantea en el presente recurso es el de si es inscribible la declaración

Resoluciones de la DGRN

de conservación de la nacionalidad española, presentada formalmente el 19 de octubre de 1985 por un español que alega su condición de emigrante y que adquirió voluntariamente, siendo mayor de edad y habiendo cumplido el servicio militar español, la nacionalidad francesa con fecha 10 de enero de 1977. El interesado invoca la regulación que en materia de conservación de la nacionalidad española establece el artículo 23 del Código Civil en su redacción dada por Ley 51/1982, de 13 de julio, vigente al tiempo de formular su declaración de conservación.

La pretensión del interesado en la forma formulada, sin embargo, no puede prosperar. En primer lugar, ha de destacarse el hecho de que la adquisición de la nacionalidad francesa se produjo por parte del interesado el 10 de enero de 1977, esto es, en fecha anterior a la entrada en vigor de la citada Ley 51/1982, de 13 de julio, por lo que la normativa aplicable al caso estaba integrada por el artículo 22 del Código Civil en su redacción dada por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, que prescribía la pérdida directa de la nacionalidad española por adquisición voluntaria de otra nacionalidad siempre que el interesado tuviera veintiún años cumplidos o dieciocho y hallarse emancipado, hubiera residido fuera de España durante los tres años inmediatamente anteriores y, en cuanto a los varones, no estuviera sujeto al servicio militar en período activo, circunstancias todas ellas concurrentes en este caso. Por tanto, habiéndose producido la pérdida de la nacionalidad española por concurrencia de las citadas circunstancias no cabe hablar de conservación de la misma.

Por otra parte, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la declaración de conservación de la nacionalidad española y la justificación de que la adquisición de la nacionalidad extranjera se produjo por razones de emi-

gración, en los casos en que sea procedente, debe realizarse con “la diligencia debida”, “en tiempo posterior, pero no lejano de la fecha de la adquisición voluntaria de otra nacionalidad” (...). En este caso concreto la declaración de conservación se ha presentado el 19 de octubre de 1985 por un español que ha justificado su cualidad de emigrante y haber adquirido voluntariamente la nacionalidad francesa, siendo mayor de edad, el 10 de enero de 1977, por lo que ha transcurrido con exceso el plazo señalado de un año.

Descartada la posibilidad de la conservación, procede analizar si la declaración formulada por el recurrente podría ser eficaz a los efectos de una posible recuperación de la nacionalidad española.

Esta segunda opción ha de ser acogida favorablemente, puesto que si bien es cierto que contemplando desde el punto de vista de los requisitos exigibles a la fecha de la declaración, falta el relativo a la residencia legal y continuada en España durante el año inmediatamente anterior a la petición, (...), y por otra parte, analizado el caso desde las exigencias establecidas en la legislación actual, falta la relativa a la renuncia por el interesado ante el Encargado del Registro Civil a su nacionalidad extranjera, (...), sin embargo no es menos cierto que la Ley 51/1982 introdujo una disposición transitoria con objeto de dispensar de tales requisitos de residencia legal y de renuncia de la nacionalidad extranjera a favor de quienes hubiesen perdido la nacionalidad española por razón de emigración (...), a los que bastará para la recuperación de la nacionalidad española cumplir exclusivamente los requisitos dos y cuatro del artículo 26 del Código Civil en la redacción que le fue dada por la reiterada Ley 51/1982, de 13 de julio.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 5ª de 27 de marzo de 2002.

Voz: Nacionalidad. Conservación de la nacionalidad española.

Resumen: (...) *Es inscribible una declaración de conservación de la nacionalidad española, formalizada el 20 de julio de 1990, de emigrante español que había adquirido la nacionalidad francesa en agosto de 1989.*

Está comprobado en las actuaciones que el interesado, español nacido en España en 1946, adquirió voluntariamente la nacionalidad francesa, siendo emigrante en Francia, el 16 de agosto de 1989 y que con fecha 20 de julio de 1990 se levantó acta de conservación de la nacionalidad española en el Consulado español, la cual a pesar de haber sido remitida en su momento al Registro Civil del nacimiento, no fue objeto, por las razones que fueran, de calificación ni de inscripción por el Encargado, el cual ahora ante la insistencia del interesado ha denegado la inscripción marginal de conservación de la nacionalidad española.

Dadas las fechas en que acaecieron los hechos referidos, el supuesto debe enjuiciarse, no con arreglo a las normas vigentes desde la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sino conforme a lo que establecía el artículo 23 del Código Civil en su redacción entonces en vigor por la Ley 51/1982, de 13 de julio.

Por esto no hay duda -como reconoce el propio Encargado en su último informe- de que la declaración de conservación de la nacionalidad debe inscribirse, pues el interesado ha justificado su cualidad de emigrante, como nacido en España y habiendo trasladado su domicilio de España, y ha formulado su declaración de conservación en un plazo razonable, cuando aún no había transcurrido un año desde la

adquisición voluntaria de la nacionalidad francesa (...).

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria:

1º Estimar el recurso y revocar el acuerdo apelado.

2º Ordenar que se inscriba al margen de la inscripción de nacimiento, la conservación de la nacionalidad española en virtud del acta levantada el 20 de julio de 1990.

* * *

NOTA. Las dos decisiones se dictan como consecuencia de algunos problemas surgidos hace varios años en interpretación de dos disposiciones del Código Civil en la redacción dada por la Ley 51/1982, de 13 de julio (BOE, 30 de julio de 1982) y derogadas por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre (ibíd., 18 de diciembre de 1990). El Centro Directivo resuelve sobre la eventual aplicabilidad del art. 23.1 *in fine* y sobre la disposición transitoria de la Ley 51/1982 (vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: "Recuperación de la nacionalidad española por los emigrantes originariamente españoles", *La Ley*, 1985-IV, pp. 1017-1031; íd.: *Nacionalidad y Emigración*, Madrid, La Ley, 1990). Son dos supuestos que producen como resultado una situación de doble nacionalidad por razón de emigración. En el planteamiento fáctico se trata de averiguar si los recurrentes continúan o no con la nacionalidad española.

En el caso primero, Res. DGRN 4ª de 27 de marzo de 2002, el problema que se plantea es la eventual validez de una declaración de conservación o mantenimiento de la nacionalidad española hecha en octubre de 1985 por un emigrante español que adquirió la nacionalidad francesa en 1977, para acogerse al art. 23.1 *in fine del Cc*. Esta disposición preveía la posibilidad de que los

Resoluciones de la DGRN

españoles que adquirieran una nacionalidad extranjera por razón de emigración podían mantener la española. Pero, en el caso objeto de comentario el recurrente ya había adquirido y perdido la nacionalidad española en el momento de entrar en vigor la Ley 51/1982.

Por tanto, el interesado, en aquel momento, debería haber realizado una declaración de recuperación en virtud de la disposición transitoria de la Ley 51/1982, prevista para los casos de pérdida anterior a la entrada en vigor de la nueva normativa. Ahora bien, el recurrente, realmente no solicitó la recuperación; no obstante, el Centro Directivo con un buen criterio se decanta a favor del solicitante, ya que la declaración de conservación prevista en el art. 23.1 *in fine* del Cc y la declaración de recuperación prevista en la disposición transitoria pueden ser consideradas idénticas o desde luego producen el mismo resultado, en caso de haber obtenido o tener que obtener la nacionalidad extranjera por razón de emigración se puede mantener la española, lo que permite gozar de una doble nacionalidad. En definitiva, se cumplen los requisitos previstos en la disposición transitoria, ya que no era necesario ni residir legalmente en España ni era precisa la renuncia a la nacionalidad extranjera. Por tanto, aunque el interesado basara su declaración en otro precepto legal por no conocer la disposición transitoria ello no impide acceder a lo solicitado.

El segundo supuesto de análisis resuelto por Res. DGRN 5ª de 27 de marzo de 2002 se trata de un español nacido en España, que se desplazó a Francia por motivos de trabajo y adquirió voluntariamente la nacionalidad francesa en agosto de 1989. En julio de 1990 se levantó acta de conservación de la nacionalidad española en el Consulado español. Dicha acta fue remitida en su momento al Registro Civil del nacimiento, pero no fue objeto, por

las razones que fueran, de calificación ni de inscripción por el Encargado, el cual ahora ante la insistencia del interesado ha denegado la inscripción marginal de conservación de la nacionalidad española. Desde luego, el Centro Directivo recuerda su propia doctrina en el sentido de que en aquel momento estaba vigente aún la Ley 51/1982; y que el interesado había cumplido los requisitos establecidos en el art. 23.1 *in fine* del Cc para poder mantener la nacionalidad española. Por tanto, con buen criterio considera que debe aplicarse la normativa vigente en el momento inicial del expediente y que la declaración se hizo diligentemente al no haber superado el plazo de un año entre la adquisición de la nacionalidad francesa y la declaración de mantenimiento de la española (vid. Instrucción DGRN de 16 de mayo de 1983).

PRUEBA DE LA NACIONALIDAD

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3ª de 16 de enero de 2002.

Voz: Nacimiento. Inscripción.

Resumen: (...) 1º No puede inscribirse porque no afecta a españoles: los expedientes de adquisición de la nacionalidad española por residencia no llegaron a buen término; 2º En el ámbito del Registro Civil, el Documento Nacional de Identidad no prueba la nacionalidad española.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2ª de 14 de marzo de 2002.

Voz: Nacionalidad. Certificado: prueba.

Resumen: (...) Debe expedirlo el Encargado del Registro Civil del domicilio, conforme a la Instrucción de

14 de abril de 1999, tras la tramitación favorable del oportuno expediente con valor de presunción.

Se ha denegado por el Encargado del Registro Civil del domicilio la expedición de un certificado de la nacionalidad española del solicitante, aduciendo diversas razones como que la nacionalidad española del interesado se presume legalmente por su inscripción de nacimiento (...) y que tal nacionalidad puede acreditarse por el DNI o el pasaporte. Estas razones no bastan, sin embargo, para denegar la solicitud. Conforme a la Instrucción de 14 de abril de 1999 de este Centro Directivo, el Encargado del Registro Civil del domicilio está facultado para expedir certificados de nacionalidad española, una vez que el Encargado declare en expediente con valor de simple presunción que determinada persona tiene la nacionalidad española. Por lo tanto el Encargado en el supuesto presente ha de instruir el oportuno expediente (...) y, si éste termina con auto favorable, entregar el interesado el oportuno certificado de la nacionalidad española en las condiciones que precisa la Instrucción citada de 1999.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2ª de 21 de marzo de 2002.

Voz: Nacimiento. Inscripción.

Resumen: (...) 1º No nació español el nacido en Rusia en mayo de 1954, hijo de ruso y de española; 2º El DNI no prueba la nacionalidad en el ámbito del Registro Civil.

El recurso no puede prosperar. En la redacción originaria del Código Civil, vigente por la fecha de nacimiento, regía en toda su firmeza el principio de unidad familiar en materia de nacionalidad centrado en la figura del esposo

y padre, de modo que la mujer casada seguía la condición del marido y los hijos la nacionalidad extranjera del padre bajo cuya patria potestad exclusiva se encontraban (...). Las circunstancias de que, sin título inscrito, el interesado haya sido considerado español por la Administración, haya cumplido el servicio militar y esté en posesión del correspondiente DNI son errores de la Administración que podrán surtir otros efectos, como justificar que su residencia en España es legal a los efectos de la adquisición de la nacionalidad española por residencia, pero no bastan para probar legalmente su actual nacionalidad española.

* * *

NOTA. El tema de la prueba de la nacionalidad española es abordada en las dos decisiones reseñadas. Ciertamente, la tenencia de DNI no acredita la nacionalidad española (Res. DGRN 3ª de 16 de enero, 2ª de 21 de marzo de 2002 y 3ª de 23 de abril de 2002). En todos estos casos el recurrente no ha podido demostrar el título de obtención de la nacionalidad española. En el primer caso, se trata de un supuesto de adquisición frustrado. Mientras que en los otros dos supuestos el interesado es hijo de progenitora española que había contraído matrimonio con un extranjero. En la Res. 2ª de 21 de marzo de 2002, el interesado nace en Rusia (mayo de 1954) de progenitor ruso y madre española. Las mujeres españolas casadas con extranjeros no han atribuido la nacionalidad española *iure sanguinis*, salvo que el hijo no siguiese la nacionalidad del padre, hasta la entrada en vigor de la Constitución Española (Res. DGRN 1ª de 13 de octubre de 2001). Por ello, es fácil de entender que en el supuesto comentado, el interesado es ruso y no es español. El hecho de que cumpliera el servicio militar en España y que posea DNI son errores de la administración española. Ciertamente, la relevancia de la

Resoluciones de la DGRN

decisión viene dada por el efecto que pueda provocar la tenencia del DNI, es muy loable que se haya dicho que sirve para justificar que la residencia en España es legal. Es decir que a los efectos de la naturalización por residencia ya no sólo es considerado extranjero residente legal el extranjero con permiso de residencia temporal o con permiso de residencia permanente (art. 29.3 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000), sino también el que posea un DNI, que le hacía presumir que era español pero que es extranjero porque no existe un título inscrito por el que se le atribuya o por el que se adquiera la nacionalidad española. De esta forma se cambia el criterio fijado por la Sent. Aud. Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección 4ª) de 10 de noviembre de 1995.

El Centro Directivo resuelve otro caso similar en la Res. DGRN de 3ª de 23 de abril de 2002. Se trata de un hijo de progenitor portugués y madre española nacido en España en 1940. Según esta decisión, se apunta que “ha de advertirse que el hecho de que el promotor haya estado en posesión del DNI no es, a efectos registrales, prueba bastante de la nacionalidad española de su titular. Aunque el DNI sirve para acreditar, salvo prueba en contrario, la nacionalidad española del titular (Cf. disposición adicional primera RD 1245/1985, de 17 de julio), el ámbito de esta presunción se circunscribe exclusivamente al de los expedientes administrativos y, aun dentro de ellos, puede quedar desvirtuada por otros documentos o datos que consten en el mismo expediente (Cf. disposiciones adicionales segunda y tercera del citado Real Decreto), y, en todo caso, no pueden trasladarse estas normas administrativas al ámbito del Registro Civil, en el que son de aplicación supletoria las leyes procesales (art. 16 del RRC) y que con respecto de la prueba de los hechos inscritos, pri-

ma la aplicación del art. 2 de la LRC”. En todo caso, la solución no ha variado pudiendo ser citadas unas cuarenta decisiones desde 1990; ahora bien, desde el año 2000 han sido dictadas las Res. DGRN 1ª de 9 de marzo de 2000, de 19 de marzo de 2001, 2ª de 7 de noviembre de 2001 y 1ª de 27 de noviembre de 2001.

Un tema íntimamente vinculado al examinado es el de la expedición de una certificación de nacimiento con la finalidad de solicitar por primera vez el DNI. En este caso, el Encargado del Registro debe cerciorarse de que el interesado posee la nacionalidad española. Si se duda de la tenencia de la nacionalidad española se debe iniciar un expediente con valor de simple presunción (Res. DGRN 2ª de 6 de marzo de 2002).

La Res. DGRN 2ª de 14 de marzo de 2002 tiene una gran importancia por su novedad, pues el Centro Directivo se pronuncia por primera vez sobre la expedición del certificado de nacionalidad previsto en la Instrucción DGRN de 14 de abril de 1999 (*BOE*, 30 de abril de 1999, p. 15879). El Encargado del Registro Civil domicilio del interesado, ante el que se haya iniciado un expediente de declaración con valor de simple presunción de la nacionalidad española, si éste concluye con un auto favorable, está obligado a expedir un certificado de nacionalidad. Evidentemente, el interesado podrá hacer constar en su solicitud la expedición del mismo, pero en virtud de la Instrucción mencionada (vid. E. CANO BAZAGA: “La Instrucción de 14 de abril de 1999, de la DGRN, sobre certificado de nacionalidad española”, *REDI*, vol. LII, 2000-1, pp. 289-291) y de la decisión comentada no es posible la denegación por parte del Encargado y menos alegar que se prueba la nacionalidad con el DNI o con el pasaporte.

NACIMIENTO Y ACCESO AL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 5 de febrero de 2002.

Voz: Nacimiento. Inscripción.

Resumen: (...) *Debe inscribirse el nacimiento como español acaecido en 1968, porque el padre era español y el hijo, al llegar a la mayoría de edad, no pudo perder la nacionalidad española más que por renuncia expresa, al estar en vigor el artículo 23 del Cc, redacción de 1982.*

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2ª de 5 de febrero de 2002.

Voz: Nacimiento. Inscripción.

Resumen: (...) *1º No puede inscribirse como española la nacida en Venezuela en 1983, hija de venezolano y de madre que ya no era española porque perdió esta nacionalidad por dependencia familiar en 1974; 2º La madre ha recuperado esta nacionalidad en 2001, pero entonces la hija era ya mayor de edad según su estatuto personal y no ha surgido el derecho de opción por patria potestad; 3º Cabe inscribir el nacimiento sin prejuzgar la nacionalidad española de la hija por afectar el hecho al estado civil de la madre hoy española.*

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 4 de marzo de 2002.

Voz: Nacimiento. Inscripción.

Resumen: (...) *No se inscribe el nacimiento acaecido en España en 1973 alegando que el padre es español y ha reconocido su paternidad en el año 2000, porque hay graves dudas de la legalidad de este hecho a*

la vista de que el reconocimiento de la paternidad está en total contradicción con la filiación del reconocido según consta en su primera inscripción peruana de nacimiento.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2ª de 11 de marzo de 2002.

Voz: Nacimiento. Inscripción.

Resumen: (...) *1º No se inscribe los nacimientos acaecidos en Tetuán de cinco hermanos entre 1925 y 1942 pues no está acreditado que ellos ni el padre tuvieran la nacionalidad española; 2º Se acumulan recursos idénticos.*

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3ª de 11 de marzo de 2002.

Voz: Nacimiento. Inscripción.

Resumen: (...) *Se deniega, sin expediente, la inscripción de un nacimiento en Colombia en 1994 porque la certificación acompañada, por falta de garantías, no acredita la filiación materna; el reconocimiento otorgado por un español no es eficaz por no constar la aprobación judicial ni el consentimiento expreso de la representante legal, que no lo es la que afirma ser madre sin probarlo.*

* * *

NOTA. De las cinco decisiones anotadas en dos se procede a la inscripción del nacimiento y en tres se deniega. El acceso o no al registro depende de si la inscripción afecta a un español o a un hecho acaecido en España. Si no se acredita la nacionalidad española o la de sus progenitores no se puede proceder a la inscripción (vid. Res. DGRN 1ª de 4 de marzo, 2ª y 3ª de 11 de marzo de 2002). Por otro lado, el hecho de ser español o que la madre haya

Resoluciones de la DGRN

recuperado la nacionalidad sirve de base para la concesión de la petición (*Res. DGRN 1ª y 2ª de 5 de febrero de 2002*).

MATRIMONIO

AUTORIZACIÓN DE MATRIMONIO CIVIL

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 4 de marzo de 2002.

Voz: Matrimonio. Autorización.

Resumen: (...) *Se autoriza porque no hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.*

Del expediente sobre autorización para contraer matrimonio se deducen los siguientes hechos: por comparecencia en el Registro Civil de Ceuta, el 10 de octubre de 2000, un ciudadano español y una ciudadana marroquí, promovieron expediente en solicitud de autorización para contraer matrimonio civil.

El Canciller del Consulado informó negativamente la celebración del matrimonio por estimar que, dado el poco tiempo desde el que se conocían, el desconocimiento de datos de su novio y su precaria situación económica, se deducía que el matrimonio tenía un fin puramente inmigratorio para obtener posteriormente documentación española. El Ministerio Fiscal se opuso a la celebración del matrimonio por tener el mismo una finalidad diferente al verdadero alcance y sentido del matrimonio.

El Juez Encargado del Registro Civil dictó auto el 7 de mayo de 2001, denegando la autorización del matrimonio civil por perseguir propósitos distintos a los del matrimonio civil español.

Dentro de la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio civil existe un trámite esencial como es la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente. La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos –especialmente en los matrimonios entre español y extranjero– en cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (arts. 45 y 73.1º del Cc).

Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (art. 1253 del Cc).

En el caso actual de un matrimonio entre un español y una marroquí los hechos comprobados por medio de ese trámite de audiencia a los contrayentes no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. La

audiencia a él ha sido puramente formularia y no permite confrontar sus declaraciones con las de ella. Ella, por su parte, ha declarado que se comunican en árabe y que se conocen desde julio de 2000, formalizando sus relaciones el mes siguiente.

Si se tienen en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicia de nulidad el matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en casos de duda, no poner trabas a la celebración del enlace.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria:

- 1º Estimar el recurso y revocar el auto apelado.
- 2º Declarar que no hay obstáculos para que el Juez Encargado autorice el matrimonio.

Véanse en este sentido las Resoluciones de la DGRN de 19 y 22 de febrero, 9 de marzo y 6 de abril de 2002.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2ª de 9 de marzo de 2002.

Voz: Matrimonio. Autorización.

Resumen: (...) *Se deniega porque no hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.*

Ratificado el interesado, en el trámite de audiencia reservada declaró que conoció a su futura esposa el 18 de agosto de ese mismo año, estuvo con ella hasta finales de ese mes y le pidió su mano el 27 de agosto, desde enton-

ces hablaban por teléfono diariamente y por carta, ella había trabajado de peluquera, tenía tres hermanos, habiéndose casado su hermana en agosto, dio los nombres de diferentes familiares que asistieron a la ceremonia y mencionó las aficiones de ella. Se celebró prueba testifical en la que un testigo declaró no incurrir en prohibición legal alguna el matrimonio proyectado. En la audiencia a la contrayente, celebrada en el Consulado General de España en Casablanca, tras ratificarse en la solicitud, la contrayente manifestó que conoció a su futuro esposo cuando fue a Marruecos en agosto, al día siguiente fueron a formalizar las relaciones y él se quedó 3 días, no se habían vuelto a ver pero él le escribía a diario, se entendían por una vecina que les servía de intérprete, ella había trabajado en una empresa de confección y de su esposo conocía sólo su nombre y primer apellido, su profesión y el nombre de su hermana y hermanos. El Encargado del Registro Civil Consular informó negativamente a lo solicitado al entender, con sus debidas reservas, que se trataba de un consentimiento matrimonial viciado cuyo fin último era salir del país y emigrar a España. El Ministerio Fiscal se opuso a la autorización de la celebración del matrimonio por inexistencia de verdadero consentimiento matrimonial, a la vista de la audiencia reservada, de la que destacó la inexistencia de un idioma común, el corto espacio de tiempo en el que se habían desarrollado los acontecimientos, los errores en la identificación de familiares por ambas partes y las sucintas referencias de alusión a los mismos. La Juez Encargada del Registro Civil dictó auto con fecha 13 de diciembre de 2001 denegando la autorización de la celebración por inexistencia de verdadero consentimiento matrimonial.

En el caso actual de un matrimonio por poder entre un español y una marroquí se desprende

Resoluciones de la DGRN

de las audiencias practicadas que los interesados no tienen idioma común de comunicación; que ella desconoce el segundo apellido de él y que sus relaciones sólo se remontan al mes de agosto de 2001, existiendo discrepancia entre ambos respecto de los días que en esa ocasión él estuvo en Marruecos. Estos hechos han llevado al Juez Encargado y al Ministerio Fiscal a deducir la inexistencia de verdadero consentimiento matrimonial. Su deducción no puede tildarse de ilógica o arbitraria y siempre ha de tenerse en cuenta que, por razones de inmediatez, las personas que han presenciado las manifestaciones de los interesados son las que están en mejores condiciones para apreciar una posible simulación.

Esta Dirección ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, desestimar el recurso, dejando a salvo la vía judicial ordinaria.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 6^a de 2 de abril de 2002.

Voz: Matrimonio. Autorización.

Resumen: (...) *No se autoriza porque hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.*

Ratificados los promotores, en comparecencia ambos declararon bajo juramento que su estado civil era el de divorciados. Se practicó la audiencia reservada y por separado al contrayente, que manifestó que es divorciado con dos hijas de 19 y 7 años, conoció a su novia hace dos años en una discoteca y les presentó una amiga, que viven juntos desde hace 6 meses, su novia nació en Casablanca pero no sabe la fecha de nacimiento, ni el nombre de sus padres ni el de sus hermanos cree que son

5, que ella es divorciada y tiene un hijo de 9 años pero no sabe su nombre, y que en noviembre de 2000 inició otro expediente de matrimonio con (...), pero lo anuló porque no se llevaban bien. Seguidamente se practicó la audiencia a la contrayente, manifestando que tiene 9 hermanos y un hijo de 9 años, que él tiene dos hijas, que le conoció hace 8 meses, la persona que les presentó es (...) que es la que actúa como traductora en el acto y cuando le conoció convivía con ella.

En el caso actual de un matrimonio entre un español y una marroquí de la audiencia practicada a él resultan una serie de circunstancias que demuestran una notable falta de conocimiento de él sobre las circunstancias personales y familiares de ella. En efecto, no sabe la fecha de su nacimiento, ni el nombre de los padres ni hermanos y ni siquiera el nombre de un hijo de ella. Además de esta audiencia y de la efectuada a la marroquí se deduce que él ha tenido relaciones hasta hace poco tiempo con otra marroquí con la que pensó contraer matrimonio y no consta que estas relaciones se hayan roto totalmente. Estos hechos han llevado al Ministerio Fiscal y al Juez Encargado a deducir la inexistencia de verdadero consentimiento matrimonial. Su deducción no puede tildarse de ilógica o arbitraria y siempre ha de tenerse en cuenta que, por razones de inmediatez, las personas que han presenciado las manifestaciones de los interesados son quienes están en mejores condiciones para apreciar una posible simulación.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 4^a de 6 de abril de 2002.

Voz: Matrimonio. Autorización.

Resumen: (...) 1º No puede prescindirse del último informe preceptivo del Ministerio Fiscal; 2º Es importante saber si la extranjera es residente legal en España y la audiencia a ambos contrayentes no puede ser formulada.

El Ministerio Fiscal interesó que la contrayente aportase acreditación de su residencia legal en España, y que de acuerdo con la Instrucción de 9 de enero de 1995 de la Dirección General de los Registros y del Notariado se celebre la audiencia reservada y por separado a los contrayentes como medio para apreciar cualquier impedimento, entre ellos, la ausencia de consentimiento matrimonial por si las partes no desean unirse con vínculo matrimonial sino aprovecharse de las ventajas que del matrimonio resultan para el cónyuge extranjero.

Notificada la resolución a los promotores y al Ministerio Fiscal, éste presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado tiene como finalidad la de evitar la celebración de matrimonios “blancos”, recordando la importancia que la audiencia reservada y por separado tiene como medio para poder apreciar cualquier obstáculo o impedimento para la celebración del enlace, entre ellos, la ausencia de consentimiento matrimonial, por lo que ésta es imprescindible y no cabe cumplimentarla formulariamente, como ha sucedido en el presente caso, solicitando la nulidad del auto dictado, que se practiquen las audiencias reservadas y que se le dé traslado de lo actuado para su posterior informe. Los promotores presentaron escrito de alegaciones invocando el *ius nubendi* derecho fundamental de toda persona como la presunción de buena fe, en el expediente se han cumplido todos los requisitos legales y la residencia en España queda acreditada con la

convivencia entre ambos y el certificado del Ayuntamiento.

También ha de estimarse el recurso del Ministerio Público en cuanto a los otros extremos denunciados. La averiguación de si la contrayente extranjera es residente legal en España es un dato de interés para poder apreciar un posible matrimonio de complacencia, y la audiencia previa, personal y por separado, de cada contrayente (...) es otro trámite fundamental del expediente que ha de descender a detalles y no basta con cumplirlo de modo formulario.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria:

1º Estimar el recurso y declarar la nulidad de la providencia y del auto dictados con fecha 4 de enero de 2002.

2º Ordenar que se requiera a la promotora para que justifique si reside legalmente en España.

3º Ordenar que se practique con todo detalle el trámite de audiencia personal, reservada y por separado, a cada contrayente.

4º Ordenar que, una vez cumplidos estos trámites, se dé vista del expediente al Ministerio Fiscal para su informe definitivo, como último paso previo para el nuevo auto que debe dictar el Juez Encargado.

* * *

NOTA. Ante situaciones de inseguridad y precariedad algunos extranjeros utilizan algunas instituciones del Derecho de familia en concreto, el matrimonio, para eludir las normas de extranjería, fundamentalmente para evitar la expulsión o conseguir un visado por rea-

Resoluciones de la DGRN

grupación familiar, un permiso de residencia e incluso para obtener más fácilmente la nacionalidad del Estado receptor.

En general, la DGRN se ha mostrado favorable al *ius nubendi* rechazando la existencia de los matrimonios ficticios. La existencia de estas situaciones que proliferan cada día más en España nos lleva a formularnos un interrogante: ¿desde qué perspectiva se debe luchar contra este tipo de uniones matrimoniales? Ciertamente, los caminos propuestos pueden ser varios: ¿Se debe eliminar su eventual nacimiento mediante la denegación de autorización de matrimonios mixtos sospechosos de ser simulados? ¿Se puede negar los efectos del matrimonio simulado evitando su inscripción en el Registro? [vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: “Matrimonios mixtos simulados: mecanismos de sanción”, *Boletín de los Abogados de Aragón*, nº 136, 1995, pp. 41-48; A.L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española”, *Actualidad Civil*, nº 6, 1998, pp. 129-140; y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2000; M^a DIAGO DIAGO: “Matrimonios por conveniencia”, *AC*, 1996, nº 14, pp. 329-347; J.J. EZQUERRA UBERO: “El Derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: Ensayo de valoración de la normativa aplicable”, *Migraciones*, nº 1, 1997, pp. 177-215; I. GARCÍA RODRÍGUEZ: “La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios”, *AC*, 1999, nº 18, pp. 447-642; íd.: “Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos”, *REDI*, vol. L, 1998, pp. 378-384; íd.: “La celebración e inscripción de matrimonios mixtos”, I. GARCÍA RODRÍGUEZ (ed): *Las ciudades de sobera-*

nía española: respuesta para una sociedad multicultural (Melilla, 6-9 de abril de 1999), Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1999, pp. 205-235; V. SAN JULIÁN PUIG: “Inmigración y Derecho de familia. Estudio de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995”, *BIMJ*, nº 1814, pp. 151-172].

Inicialmente no se puede pensar que la sanción de estas situaciones deba obligar a la autoridad competente a denegar la autorización del matrimonio. Ello debido a que el derecho a contraer matrimonio no debe ser objeto de una limitación restrictiva. Por este motivo si se han concedido las autorizaciones en los casos resueltos por el Centro Directivo en sus Res. 1^a y 2^a de 4 de enero, 4^a de 19 de febrero, 1^a de 4 de marzo, 1^a, 2^a y 3^a de 22 de marzo, 1^a de 9 de marzo, 3^a de 2 de abril, 1^a y 2^a de 16 de abril 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. En estos casos, se han denegado las autorizaciones para contraer matrimonio (Res. DGRN 2^a de 9 de marzo, 6^a de 2 de abril, 4^a de 6 de abril, 4^a de 22 de abril de 2002). El caso más llamativo y con el que no podemos estar de acuerdo es el resuelto por la Res. DGRN 4^a de 6 de abril de 2002, ya que no se puede afirmar tan rotundamente que la legalidad o la situación de no documentada de la contrayente colombiana es fundamental para deducir la ausencia o no de consentimiento matrimonial.

CERTIFICADO DE CAPACIDAD MATRIMONIAL

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1^a de 13 de febrero de 2002.

Voz: Matrimonio. Expedición de certificado.

Resumen: (...) *Se deniega cuando hay hechos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.*

Por escrito presentado en el Registro Civil de Móstoles (...), español, solicitaba certificado de capacidad matrimonial para contraer matrimonio con (...), marroquí.

Se celebró en el Consulado General de España en Nador la audiencia reservada a la contrayente, manifestando que habla en árabe y un poco en español, se conocieron en agosto de 2000 por carta y en diciembre personalmente y desde entonces no se han vuelto a ver, las cartas se las traduce una agencia, su novio se llama (...) pero no sabe su segundo apellido ni su fecha exacta de nacimiento, dice que tiene 39 años y como familia madre y tres hermanos sin especificar más, que es albañil desconociendo sus ingresos y que ella no tiene medios económicos. El Encargado del Consulado a la vista de la audiencia practicada informó desfavorablemente a la celebración del matrimonio dado el desconocimiento de los aspectos familiares de su futuro esposo, empleo, situación económica, etc., y con esta unión se persiguen unos fines distintos a los del matrimonio como es la inmigratoria y posterior documentación española. El Ministerio Fiscal se opuso a lo solicitado. La Juez Encargada dictó auto con fecha 24 de julio de 2001 denegando el certificado de capacidad matrimonial (...), y la audiencia reservada efectuada a la contrayente pone de manifiesto el escaso conocimiento de las señas de identidad de su novio, y que con esta unión pretende unos fines totalmente distintos a los determinados en nuestra legislación para la institución del matrimonio. Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y al promotor, éste presen-

tó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que se están vulnerando los artículos 14, la igualdad ante la Ley y 32 de la Constitución, el derecho a contraer matrimonio, la presunción de buena fe y el *ius nubendi* son derechos fundamentales de la persona que no deben ser coartados más que cuando exista una certeza racional de que existe un obstáculo que vicie de nulidad al matrimonio, no obstante ante la duda habría que autorizar la celebración del enlace.

En el caso actual, del trámite de la audiencia personal y reservada de la contrayente marroquí resulta comprobado que ella y el español no tienen idioma de comunicación y que ella desconoce, entre otros datos, el segundo apellido de él. Estos hechos comprobados llevan a la conclusión, que no es ilógica ni arbitraria, de la inexistencia de verdadero consentimiento matrimonial. Siempre ha de tenerse en cuenta que, por razones de intermediación, las personas que han presenciado las manifestaciones son las que están en mejores condiciones para apreciar una posible simulación.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, desestimar el recurso y confirmar el auto apelado.

* * *

NOTA. La misma línea negativa, y por motivos similares a los reseñados en la Res. DGRN 1ª de 13 de febrero de 2002, se reitera en las Res. 2ª de 19 de febrero de 2002, 1ª de 5 de marzo y 3ª de 9 de marzo de 2002. En cambio en la Res. DGRN 2ª de 5 de marzo de 2002 se expide el certificado de capacidad matrimonial para autorizar la celebración del matrimonio.

Resoluciones de la DGRN

MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3ª de 4 de enero de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción.

Resumen: (...) 1º Es posible reiterar una petición denegada si se presentan y prueban hechos nuevos; 2º Se inscribe el matrimonio celebrado en la República Dominicana el 29 de enero de 1999 entre español y dominicana ante los hechos nuevos que justifican que el propósito de los interesados fue fundar una familia.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 4ª de 4 de enero de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción.

Resumen: (...) Se deniega su inscripción porque hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.

Véanse en este sentido las Resoluciones de la DGRN de 11 y 23 de enero; 1, 8 y 19 de febrero; 5, 18 y 23 de marzo; 2, 6 y 12 de abril de 2002.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2ª de 23 de enero de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción.

Resumen: (...) Se inscribe porque no hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.

Véanse en este sentido las Resoluciones de la DGRN de 26 de enero, 5 de marzo; 2 y 6 de abril de 2002.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 2ª de 1 de febrero de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción.

Resumen: (...) No es inscribible el matrimonio celebrado por un español en Cuba en 1995, porque estaba ligado por un matrimonio anterior y la sentencia cubana de divorcio no ha obtenido el necesario exequátur del Tribunal Supremo.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 1 de febrero de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción.

Resumen: (...) Si a su celebración ha precedido la expedición en España del certificado de capacidad matrimonial para el español residente en España, el Encargado del Registro Consular en su calificación ha de limitarse a los aspectos en forma pero no a enjuiciar el fondo del asunto y aducir una eventual simulación.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 5ª de 19 de febrero de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción.

Resumen: (...) Se deniega su inscripción en el Registro Central porque ya había sido denegada, por falta de consentimiento matrimonial, en el Registro Consular; no se recurrió y no se presentan nuevas pruebas. No son admisibles las presentadas en el recurso.

Véanse en este sentido las Resoluciones de la DGRN de 22 de febrero y 6 de abril de 2002.

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 3ª de 5 de marzo de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción.

Resumen: (...) *Se inscribe porque el matrimonio anterior a la española ha sido disuelto por sentencia española de divorcio anterior al segundo enlace; la cual, aunque no se inscribió en su momento, debe inscribirse ahora; es prueba de la disolución del vínculo y se instó en su momento la inscripción omitida.*

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 16 de marzo de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción.

Resumen: (...) *Se deniega su inscripción, respecto del que luego se ha hecho español, porque sólo se ha presentado de momento la certificación eclesiástica del matrimonio canónico celebrado en Perú en 1976, cuando este matrimonio no produce efectos civiles en Perú.*

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 18 de marzo de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción.

Resumen: (...) *No se inscribe porque ha sido declarado nulo por sentencia extranjera.*

Órgano resolutor: Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tipo de decisión: Resolución.

Fecha: 1ª de 23 de marzo de 2002.

Voz: Matrimonio. Inscripción.

Resumen: (...) *Aunque se denegó la inscripción en el Registro Consular y no se recurrió, se inscribe en el Registro Central el matrimonio pretendido, porque los promotores ya están domiciliados en España y hay hechos nuevos que demuestran la existencia de consentimiento matrimonial.*

* * *

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. De forma negativa se ha pronunciado el Centro Directivo en las Res. DGRN 4ª de 4 de enero, 1ª y 2ª de 11 de enero, 1ª de 23 de enero, 2ª y 3ª de 1 de febrero, 3ª y 5ª de 19 de febrero, 4ª de 22 de febrero, 1ª de 16 de marzo, 1ª, 2ª y 3ª de 18 de marzo, 2ª y 3ª de 23 de marzo, 2ª, 3ª, 5ª y 6ª de 2 de abril, 5ª y 6ª de 6 de abril y 1ª de 26 de abril de 2002. Por el contrario, el Centro Directivo ha considerado válido el matrimonio y ha procedido a inscribir el matrimonio en las Res. DGRN 2ª de 23 de enero, 4ª de 26 de enero, 1ª de 1 de febrero, 2ª y 3ª de 5 de marzo, 1ª de 23 de marzo, 1ª y 4ª de 2 de abril, 1ª y 2ª de 6 de abril, 1ª de 22 de abril y de 30 de abril de 2002.

Normalmente, los matrimonios de español/a con dominicano/a, español/a con colombiano/a, español/a con cubano/a, han sido bastante numerosos. 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. Dado que en estos momentos existe una cierta presunción de que el matrimonio mixto se celebra fundamentalmente para que el extranjero pueda regularizar su situación en territorio español, por tanto que dicho matrimonio puede ser simulado, al existir indicios suficientes para dudar del consentimiento matrimonial, se procede a la denegación de la inscripción. A modo de ejemplo, en la Res. DGRN 1ª de 25 de abril de 2001, se denegó la inscripción de matrimonio celebrado en Cuba entre español soltero y una cubana divorciada deduciendo la ausencia de consentimiento matrimonial del hecho de que la contrayente extranjera ya había contraído matrimonio anterior con un español de 96 años de edad (*BIMJ*, nº 1895, 2001, pp. 2202-2204).

Resoluciones de la DGRN

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.

Ahora bien, en el conjunto de resoluciones de enero a abril de 2002 encontramos algunas que la denegación de la inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero se debe a

otras razones: siendo el cónyuge español divorciado, si el divorcio lo ha obtenido mediante una sentencia extranjera, no es posible la inscripción sin previa petición y obtención del exequátur ante el TS (vid. Res. DGRN 2ª de 1 de febrero de 2002). En cambio, si se puede proceder a la inscripción si el contratante español ha disuelto su matrimonio mediante sentencia de divorcio española y anterior al segundo enlace (Res. DGRN 3ª de 5 de marzo de 2002). Ahora bien, no cabe la inscripción un matrimonio celebrado en Chile cuando éste ha sido declarado nulo mediante sentencia chilena (vid. Res. DGRN 1ª de 18 de marzo de 2002). Y, tampoco el matrimonio canónico peruano que no tiene efectos civiles en Perú (Res. DGRN 1ª de 16 de marzo de 2002).

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Prof. Titular de Derecho Internacional Público
Universidad de Zaragoza

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

SUMARIO

I. Nota preliminar. A) Aspectos institucionales. B) Estructura de esta crónica jurisprudencial.

II. La expulsión como trato inhumano o degradante (art. 3 de la Convención). A) El caso KALANTARI (Sentencia de 11 de octubre de 2001). B) El caso AL-ADSANI/REINO UNIDO (Sentencia de 21 de noviembre de 2001). C) El caso K.K.C./HOLANDA (Sentencia de 21 de diciembre de 2001).

III. La detención del extranjero para su expulsión (art. 5 de la Convención). A) El caso CONKA/BÉLGICA (Sentencia de 5 de febrero de 2002). B) El caso AL-NASHIF/BULGARIA (Sentencia de 20 de junio de 2002).

IV. El derecho al respeto de la vida familiar (art. 8 de la Convención). A) El caso BOULTIF/SUIZA (Sentencia de 2 de agosto de 2001). B) El caso SEN/HOLANDA (Sentencia de 21 de diciembre de 2001). C) El caso AL-NASHIF/BULGARIA (Sentencia de 20 de junio de 2002).

V. El derecho a un recurso efectivo (art. 13 de la Convención) A) El caso CONKA/BÉLGICA (Sentencia de 5 de febrero de 2002). B) El caso AL-NASHIF/BULGARIA (Sentencia de 20 de junio de 2002).

VI. Expulsión y discriminación (art. 14 de la Convención).

VII. La prohibición de las expulsiones colectivas (art. 4 del Protocolo 4).

VIII. Las garantías procesales de la expulsión individual (art. 1 del Protocolo 7).

IX. La satisfacción equitativa por las expulsiones anticonvencionales (art. 41 de la Convención).

X. La condena en gastos y costas procesales y otras cuestiones.

I. NOTA PRELIMINAR

Voy a examinar en esta nota preliminar algunos aspectos institucionales relativos a la Convención Europea de Derechos Humanos y a su Tribunal. Pondré de relieve asimismo la estructura de esta crónica jurisprudencial. Una estructura que espero sirva también para el futuro.

A) Aspectos institucionales

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es el órgano de protección de tales derechos establecido por la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmada en Roma el 4 de diciembre de 1950. La Convención es un tratado internacional firmado en el seno del Consejo de Europa, actualmente ratificada por 41 Estados, entre ellos España. La Convención forma parte del sistema internacional de protección de los derechos humanos que ha establecido el Consejo de Europa¹.

La Convención ha sido completada hasta el momento con 13 Protocolos adicionales; los Protocolos 12 (no discriminación) y 13 (prohibición total de la pena de muerte) todavía no están en vigor. Es necesario tener presente que un Estado puede ser parte en la Convención y no serlo en todos los protocolos adicionales; en ese supuesto, el TEDH podrá juzgar los actos de ese Estado tan sólo respecto a la Convención y a los Protocolos que le obliguen (por haberlos ratificado o haberse adherido a ellos).

Actualmente el TEDH está formado por 41 jueces y puede actuar en Pleno, Grandes Salas (17 jueces), Salas (7 jueces) y Comités (3 jueces). Como sucede en los Tribunales Internacionales, este órgano judicial dicta sentencias (que son obligatorias) y emite dictámenes (también llamados opiniones consultivas), interpretando una o varias normas.

Las demandas ante el citado TEDH pueden ser presentadas por uno o varios Estados contra otro Estado parte en la Convención o por un particular, un grupo de particulares o una entidad no gubernamental contra un Estado. Las primeras son pues demandas interestatales, las segundas son las demandas individuales contra Estados. En todo caso, el demandado siempre debe ser uno o varios Estados y el demandante nunca puede ser un órgano de un Estado contra el mismo Estado (por ejemplo, no puede demandar un ayuntamiento o una Comunidad Autónoma a España).

B) Estructura de esta crónica jurisprudencial

Desde 1989 (Sentencia dictada en el caso SOERING/REINO UNIDO) el TEDH ha ido creando una muy interesante jurisprudencia en materia de extranjería. Para observar cuál es la situación actual de dicha jurisprudencia y su evolución futura, comenzamos esta crónica. En ella tendremos en cuenta algunos aspectos básicos:

1º Se trata del examen de la jurisprudencia desde una perspectiva concreta, la referente a la extranjería y abarcando un período concreto.

(1) Esta Organización Internacional tiene actualmente 43 miembros. La información del Consejo de Europa (en francés e inglés) puede verse: La general en <http://www.coe.int/>; la relativa a la Convención, a sus protocolos adicionales y a todos los tratados internacionales firmados en el seno del Consejo de Europa en <http://conventions.coe.int/>; la referente al TEDH en <http://www.echr.coe.int/>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

2º Afecta pues a unas normas concretas de la Convención Europea de Derechos Humanos y de algunos de sus protocolos adicionales.

3º Las demandas se originan hasta el momento en la expulsión de extranjeros.

4º El número de asuntos no suele ser muy elevado, pero sus sentencias reflejan el estándar fijado por el TEDH en esta materia.

El esquema propuesto como sumario puede servirnos en esta y en crónicas futuras, de periodicidad anual. No obstante, si hubiera sentencias importantes referentes a cualquier otro aspecto de la Convención y ligadas siempre a la extranjería, dicho esquema podría variar.

Por otra parte, no en todas las crónicas serán objeto de desarrollo todos los aspectos indicados en este esquema. Si en la jurisprudencia de un año no aparecen asuntos relativos a uno de tales aspectos, obviamente dicho apartado quedará en blanco.

El examen de la jurisprudencia lo realizaré encabezando siempre el respectivo apartado con la norma analizada; a ello seguirá una breve exposición de los hechos y los pronunciamientos más importantes de cada una de las sentencias dictadas; terminaré con una nota crítica de las soluciones que da el TEDH².

En concreto en esta crónica jurisprudencial examino siete sentencias dictadas por el TEDH. La más significativa y rica en contenido es la dictada en el caso CONKA, que revisa la detención de los extranjeros para su expulsión, el recurso efectivo del que deben disponer contra su expulsión y el problema (cada día más actual) de las expulsiones colectivas. También tiene un contenido pluridireccional la dictada en el caso AL-NASHIF.

II. LA EXPULSIÓN COMO TRATO INHUMANO O DEGRADANTE (ART. 3 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el art. 3 de la Convención: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

El período contemplado ofrece tres sentencias sobre extranjería en las cuales se examina esta norma: Los casos KALANTARI/ALEMANIA, AL-ADSANI/REINO UNIDO y K.K.C./HOLANDA. En estos casos la posible violación del art. 3 de la Convención no se produce de un modo directo, sino indirecto; en otras palabras, no tratan inhumanamente a los extranjeros de modo directo los Estados demandados, sino de forma indirecta: Expulsándolos hacia el territorio de un Estado en el que pueden sufrir dichos tratos.

(2) Desde luego, si una sentencia resulta relevante para más de un apartado, no se repetirán los hechos.

Por eso es importante examinar el momento de la violación de este art. 3; tal momento no es el de la adopción de la decisión de expulsión sino el momento de la ejecución real de la expulsión³.

A) El caso KALANTARI (Sentencia de 11 de octubre de 2001)

Hechos:

El caso KALANTARI/ALEMANIA surge porque el iraní Ali Reza Kalantari, huido de su país perseguido por motivos políticos, había solicitado el estatuto de refugiado en Alemania; uno de sus parientes había sido ejecutado y otro sufría torturas; su pertenencia a los Mujahidines (movimiento opositor al Gobierno) le había llevado a la cárcel en Irán y su domicilio había sido asaltado. Si era enviado a territorio iraní, con toda probabilidad iba a ser torturado de nuevo e incluso podía morir.

A pesar de todo, en 1998 la Oficina Federal alemana de los Refugiados adoptaba una orden de expulsión; recurrida ante los tribunales internos, éstos no la anularon. Cuando iba a ser expulsado, el Relator Especial de las Naciones Unidas contra la Tortura (dependiente del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) lanzó un llamamiento urgente para que se suspendiera la expulsión. Al no ser atendido tal llamamiento, Kalantari huyó.

Su abogado presentó una demanda al TEDH solicitando que éste adoptase una medida provisional de suspensión de la expulsión. El 6 de enero de 2000, una sala del TEDH decidía solicitar a Alemania que no expulsara al demandante.

El art. 51 de la Ley Alemana de Extranjería recoge el principio de no devolución; afirma que Alemania no expulsará a ningún extranjero que pueda sufrir tortura o cuya vida peligre en el territorio del Estado hacia el que se le expulsa. Mediante carta de 18 de junio de 2001, el Gobierno alemán informaba al TEDH que la decisión de expulsión (dictada en 1998 por la Oficina Federal de los Refugiados) había sido anulada.

El TEDH decide:

Como consecuencia de todo ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decide cancelar la demanda del registro de entrada (art. 37 de la Convención). Decide además condenar a Alemania al pago de 16.000 marcos alemanes por gastos y costas procesales tanto ante tribunales alemanes como ante el mismo TEDH.

(3) Consultar mi monografía *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Egido Editorial, Zaragoza 1998, pp. 47-49.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

Nota crítica:

Como Alemania ha revocado su decisión de expulsión, en realidad no ha violado el art. 3, ahora examinado. Si hubiera ejecutado esa decisión, en el momento de realizar la expulsión habría violado dicha norma.

Pero sí resulta curioso que la misma Alemania no aplique desde el comienzo del asunto el art. 51 de su Ley de Extranjería. Esta norma recoge el principio clásico de Derecho Internacional de no devolución; este principio prohíbe entregar a un extranjero a un Estado donde vaya a ser torturado o su vida corra peligro; la entrega no puede hacerse ni mediante una expulsión en sentido estricto ni mediante una devolución ni a través de una extradición.

Pues bien, Alemania tan sólo aplica su derecho interno en este caso en última instancia, cuando ya habían defendido al demandado incluso desde el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Esta tardanza demuestra que en ocasiones resulta difícil incluso la aplicación del derecho interno, cuando una norma favorece a un extranjero.

B) El caso AL-ADSANI/REINO UNIDO (Sentencia de 21 de noviembre de 2001)

Los hechos:

Sulaiman AL-ADSANI tenía la doble nacionalidad británica y kuwaití. El demandante había regresado desde Gran Bretaña a Kuwait en 1991 para luchar contra Irak y permaneció allí durante la ocupación realizada por Irak. En esa época consiguió ciertos vídeos que implicaban al emir de Kuwait en escándalos sexuales; como tales vídeos circularon, el emir consideraba al demandante como responsable.

Al terminar la ocupación irakí, Al-Adsani fue detenido en su casa y conducido a un cuartel de policía, donde sufriría torturas de diverso tipo y graves quemaduras. Vuelve después a Gran Bretaña, es tratado en un hospital durante 6 semanas y es curado de quemaduras en el 25% de su cuerpo. Por ello demanda al emir y al Estado de Kuwait ante los tribunales británicos, solicitando indemnización por daños y perjuicios.

Como los tribunales británicos rechazan la demanda en un primer momento, Al-Adsani lleva el caso al Tribunal de Apelación, que estudia si debía aplicarse el Acta británica de 1978 sobre la inmunidad de los Estados. Ese Tribunal decidía que el Acta citada no resultaba aplicable y por tanto no existía inmunidad jurisdiccional ni del emir ni del Estado de Kuwait. Pero la Cámara de los Lores falló finalmente en contra del demandante.

Ante el TEDH el demandante alegaba que el Reino Unido violaba los arts. 1, 3 y 13 de la Convención. El art. 1 señala que los Estados partes en la Convención “reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos” en la misma; el reconocimiento beneficia pues a los nacionales, a los extranjeros y a los apátridas que dependen de tal jurisdicción.

El TEDH dice y decide:

“El demandante no pretende que los actos de tortura sufridos hayan sido perpetrados bajo la jurisdicción del Reino Unido o que las autoridades británicas tengan un lazo de causalidad con ellos... Por tanto no hay violación del art. 3 en este caso” (párrafos 40-41).

Pero el demandante alegaba asimismo su derecho a un proceso equitativo (art. 6 de la Convención) y por esta vía solicitaba una indemnización de Kuwait; como se había admitido la inmunidad jurisdiccional del emir y del propio Estado, Gran Bretaña no había respetado esos derechos del demandante.

El TEDH admite que el art. 6 de la Convención debe aplicarse al caso; pero, en una decisión muy dividida, decide por 9 votos contra 8 que Gran Bretaña no ha violado esa norma convencional.

Nota crítica:

La sentencia analiza en diversos apartados la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero y de sus dirigentes, en este caso del emir de Kuwait. Estamos ante un tema de la mayor trascendencia, puesto de actualidad (cruel actualidad, puede afirmarse por los hechos que lo originaron) tras el caso PINOCHET, reiteradamente citado en la sentencia.

Pues bien, en una decisión muy criticable, el TEDH llega a afirmar en el caso Al-Adsani que “la concesión de la inmunidad jurisdiccional a un Estado en un procedimiento civil persigue el fin legítimo de observar el Derecho Internacional para favorecer la cortesía y las buenas relaciones entre Estados gracias al respeto de la soberanía de otro Estado” (párrafo 54). Aplicando pues la inmunidad jurisdiccional, quedan sin compensación alguna quienes han sufrido torturas; y ello sucede incluso en los Estados europeos, que se declaran respetuosos de los Derechos Humanos.

Lo más reprochable del caso es que la misma sentencia admite que “los malos tratos de los que el demandante acusaba a Kuwait... pueden ser calificados de tortura según el art. 3 de la Convención” (párrafo 58). Y el TEDH es consciente de que “la prohibición de la tortura ha llegado a ser una regla imperativa de Derecho Internacional” (párrafo 61). Desde esta perspectiva la conclusión resulta inadmisiblemente y jurídicamente muy débil: Inadmisiblemente en cuanto si la prohibición de la tortura es una norma imperativa, todos tienen que respetarla; jurídicamente muy débil en cuanto Gran Bretaña ha violado al menos el derecho a un proceso equitativo, protegido por el art. 6 de la Convención.

La minoría de los 8 jueces (en tres opiniones disidentes) analizan esta contradicción: Si la prohibición de la tortura es una norma de Derecho Imperativo, todos los actos contrarios a ella deben ser nulos; por tanto, los Estados no pueden aplicar las normas (internas o internacionales) que contradigan o violen esta norma de Derecho Imperativo.

Mientras se siga manteniendo la inmunidad jurisdiccional de un Estado extranjero o de un Jefe de Estado extranjero por hechos tales como desapariciones forzadas, asesinatos, torturas, etc.,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

no se defenderá realmente el respeto de los derechos humanos como exigencia que obliga a todos los Estados y a todas las personas.

¿Qué intereses deben primar en el actual Derecho Internacional y en los Derechos Internos de los Estados llamados democráticos, los del Estado extranjero, o los de las personas que han visto violados sus derechos humanos? ¿Cómo es posible que el TEDH siga admitiendo que la inmunidad jurisdiccional de Kuwait en este caso favorece “la cortesía y las buenas relaciones entre Estados”? ¿Deben primar esa “cortesía” y esas “buenas relaciones” sobre los derechos humanos de Al-Adsani, como si todavía estuviésemos en pleno siglo XIX?

A mi entender, la mayoría de los jueces se escudaron en cuestiones procedimentales y evadieron así un tema candente: Las relaciones entre los derechos humanos y otras normas de Derecho Internacional. En otras palabras, ni siquiera el TEDH se atreve a interpretar la Convención Europea de Derechos Humanos otorgando a este texto y a las víctimas de las violaciones de los derechos en él protegidos primacía sobre cualesquiera otras consideraciones. Y ello, como indica el Juez Loucaides en su opinión disidente, conduce a “resultados absurdos e injustos”.

C) El caso K.K.C./HOLANDA (Sentencia de 21 de diciembre de 2001)

Hechos:

El caso surge cuando un nacional ruso, de origen chechenio, que había participado en la guerra de 1994 contra Rusia y había sido perseguido por las autoridades rusas, llega a Holanda y solicita asilo. Ante el rechazo de esa solicitud de asilo y la orden de que abandonase el territorio holandés, K.K.C. formulaba una demanda ante el TEDH. Aducía que, caso de ser expulsado hacia territorio ruso, sufriría tortura y tratos inhumanos, tal vez incluso la muerte.

Arreglo amistoso:

El 28 de noviembre de 2001 el TEDH es informado por el Gobierno Holandés de un arreglo amistoso entre el demandante y Holanda. En dicho arreglo amistoso sobresalen los siguientes puntos:

- a) Holanda concede al demandante un permiso de residencia sin restricciones.
- b) Holanda pagará al demandante la suma de 1.400 euros por gastos y costas procesales en los cuales haya incurrido ante el TEDH.
- c) El demandante desiste de su demanda.

Nota crítica:

La sentencia recoge este arreglo amistoso, admitiendo que es conforme con los derechos definidos en la Convención.

El arreglo amistoso resulta siempre posible según la Convención, en cualquier fase del procedimiento (art. 38). La Convención nos advierte que el mismo Tribunal se pone a disposición de las partes a fin de lograr ese arreglo, “inspirándose para ello en el respeto a los derechos humanos tal como los reconocen la Convención y sus Protocolos” [art. 38.1°.b)]; añade que el procedimiento del arreglo será confidencial (art. 38.2°).

Pues bien, en el caso examinado, como tal arreglo respeta los derechos humanos, el TEDH asume los términos del mismo.

De esta forma queda claro que en el arreglo amistoso el TEDH mantiene el protagonismo: Se pone a disposición de las partes y en definitiva decide si un arreglo de esta naturaleza respeta o no respeta la Convención. Para ello contrasta los términos del arreglo con el texto convencional y con su jurisprudencia. Tras lograr el arreglo amistoso, el TEDH cancela el asunto del registro de entrada.

III. LA DETENCIÓN DEL EXTRANJERO PARA SU EXPULSIÓN (ART. 5 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el art. 5:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

- a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.
- b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.
- c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.
- d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.
- e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.
- f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.”

A) El caso CONKA/BÉLGICA (Sentencia de 5 de febrero de 2002)

El TEDH dictaba sentencia en el caso CONKA el 5 de febrero de 2002. Es sin duda la más interesante del período contemplado por esta crónica jurisprudencial. Afecta a numerosas normas de la Convención y al Protocolo nº 7.

Hechos:

El 4 de octubre de 1999, Ján CONKA, Mária KONKOVÁ, Nad’ a KONKOVÁ y Nikola KONKOVÁ, personas de nacionalidad eslovaca de origen gitano, formulan una demanda contra Bélgica ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El 12 de noviembre de 1998 piden asilo en Bélgica. Sus peticiones eran rechazadas en marzo de 1999 por el Ministro belga del interior; esta medida fue recurrida por los demandantes.

El Consejo de Ministros de Bélgica adoptaba el 1 de octubre de 1999 una “nota de orientación general relativa a una política global en materia de Inmigración” que contiene las palabras siguientes: “Se está examinando un proyecto de repatriación colectiva, tanto para dar una señal a las autoridades eslovacas como para expulsar un gran número de ilegales cuya presencia no puede ser tolerada durante mucho tiempo”.

A finales de septiembre de 1999 la policía de Gante convoca a decenas de familias gitanas eslovacas. La convocatoria dice que se completarán los informes sobre las peticiones de asilo.

Sin embargo, el 29 de septiembre de 1999 a las personas convocadas (entre ellas las demandantes) se les comunica una nueva orden de abandonar el territorio belga y una decisión de privación de libertad con tal fin. El documento entregado a cada una de las personas, con una redacción idéntica en todos los casos, indicaba que podían recurrir contra la expulsión mediante el recurso de anulación y suspensión ante el Consejo de Estado; ese recurso se podía presentar en los 60 días siguientes a la notificación de la decisión de expulsión.

Los demandantes y otras personas son trasladadas, acompañadas de un intérprete, al centro cerrado de tránsito de Steenokkerzeel, el llamado centro “127 bis”, cerca del aeropuerto de Bruselas. El intérprete permaneció con ellos pocas horas.

El 5 de octubre de 1999 los afectados son conducidos al aeropuerto militar de Melsbroek; se les apunta en la mano el número de asiento del avión. Unas 70 personas son expulsadas el mismo día y quedan en libertad al llegar a Eslovaquia.

El 23 de diciembre del mismo año, respondiendo a una pregunta parlamentaria, el Ministro de Interior de Bélgica declaraba:

“Como consecuencia de la concentración de demandantes de asilo de nacionalidad eslovaca en Gante, se ha organizado una repatriación colectiva (...) De los informes que he recibido del Alcalde de Gante y del Director General de la Oficina de Extranjeros, se deduce que esta operación ha sido correctamente preparada, a pesar de que la redacción desgraciada de la carta dirigida por la policía de Gante a cierto número de Eslovacos haya podido inducirles a error. Tanto la Oficina de Extranjeros como los servicios de policía de la ciudad de Gante quedaron sorprendidos por el gran número de Eslovacos que respondieron a la convocatoria que les había sido dirigida. Este elemento de hecho tuvo como consecuencia la detención de estas personas en el centro 127 bis para realizar su expulsión algunos días después...”

En su demanda ante el TEDH los demandantes alegan la violación de los arts. 5 y 13 de la Convención Europea de derechos humanos y del art. 4 del Protocolo adicional nº 4 a la misma Convención.

El TEDH dice y decide:

El Tribunal analiza las posibles violaciones del art. 5.1º, párrafo f) del art. 5.2º, y del art. 5.4º. En los tres casos concluye que ha existido violación por parte de Bélgica.

Sobre el art. 5.1º, párrafo f) el Tribunal observa que la convocatoria de los demandantes “ha sido objeto de una redacción aciaga” (párrafo 41). Por otra parte el Tribunal señala que la lista de excepciones del derecho a la libertad (protegido por el art. 5.1º) tiene un carácter exhaustivo, añadiendo:

“En opinión del Tribunal, esta exigencia debe reflejarse igualmente en la fiabilidad de las comunicaciones tales como las enviadas a los demandantes, se hallen en residencia legal o no. De ello deduce el Tribunal que no es compatible con el art. 5 que, en el marco de una operación planificada de expulsión y con el afán de facilidad o de eficacia, la administración decida conscientemente equivocarse a las personas, incluso en situación ilegal, sobre el fin de una convocatoria, para poderles privar mejor de su libertad” (párrafo 42).

Sobre el art. 5.2º, el Tribunal indica que esta norma:

“... enuncia una garantía elemental: Toda persona arrestada debe saber por qué ha sido privada de libertad. Integrada en el sistema de protección que ofrece el art. 5, (esta norma) obliga a señalar a toda persona, en un lenguaje simple accesible para ella, las razones jurídicas y factuales de su privación de libertad, a fin de que pueda discutir su legalidad ante un tribunal” (párrafo 50).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

Nota crítica:

En este caso un aspecto de gran importancia, indirectamente ligado con esta expulsión colectiva, es el engaño o la trampa de la que fueron objeto las personas expulsadas colectivamente. En efecto, fueron convocadas con el fin de completar el informe relativo a su solicitud de asilo; acaso esa convocatoria despertase la esperanza en algunos de ellos; pero después las personas convocadas serían detenidas y expulsadas.

El TEDH no examina esta cuestión en relación con la expulsión colectiva sino en relación con la detención previa a la expulsión (art. 5.1º, de la Convención Europea de Derechos Humanos). Los demandantes alegaban que habían sufrido una trampa y que, cuando fueron convocados, las autoridades tenían la sola intención de privarlos de libertad para expulsarlos; ello constituiría una desviación de poder. El Gobierno niega que pretendiera engañarlos y habla de una “pequeña artimaña”; a pesar de todo, el Ministro del Interior lamentó públicamente la “redacción desgraciada” de la convocatoria.

En esta materia, afortunadamente, el TEDH es muy claro; según la sentencia (cons. 42) el art. 5.1, de la Convención contiene una lista de excepciones al derecho a la libertad de cada persona y esa lista es exhaustiva y debe interpretarse estrictamente.

La lectura de este considerando de la sentencia dictada en el caso CONKA permite deducir que las prácticas engañosas en estas convocatorias no resultan válidas en ningún caso, ni siquiera en el caso de los extranjeros que se hallen ilegalmente en territorio de un Estado.

Pueden hallarse ilegalmente en tal territorio, pero son personas y tienen derechos humanos, entre otros los reconocidos por el art. 5 de la Convención Europea a “toda persona”, términos muy claros que no precisan interpretación alguna, salvo cuando se lee nuestra Ley de Extranjería y se compara con los tratados internacionales vinculantes para España (consultar mi estudio “La Ley de Extranjería viola directamente cinco tratados internacionales que vinculan a España”, *El Vuelo de Ícaro*, nº 2-3, 2002, pp. 237 y ss.).

b) El caso AL-NASHIF/BULGARIA (Sentencia de 20 de junio de 2002)

Hechos:

Inicialmente la demanda fue presentada por cinco demandantes; pero el TEDH rechazó las alegaciones de dos de ellos. Son por tanto demandantes Daruish AL-NASHIF, apátrida de origen palestino, y sus dos hijos, Abrar y Auni AL-NASHIF, que tienen la nacionalidad búlgara.

El primer demandante nació en Kuwait; en territorio kuwaití se casó con Saleh, también apátrida; como consecuencia de la Guerra del Golfo y de la expulsión masiva de palestinos, ambos emigraron a Bulgaria, donde residían legalmente. Sin disolver su matrimonio anterior se casa con M., nacional búlgara; su matrimonio con esta segunda esposa termina en 1998.

En 1999 se le acusa de acciones contrarias a la seguridad y a los intereses del Estado Búlgaro y es detenido; se le acusa en concreto de actividades religiosas contrarias a Bulgaria, de intentar abrir un centro musulmán de modo ilegal, de realizar un proselitismo agresivo y de mantener relaciones con organizaciones fundamentalistas.

Internado en el Centro de Internamiento Temporal de Adultos (de Sofía), permanece 26 días en una celda de aislamiento. Finalmente se le expulsa con dirección a Siria, Estado del que es originaria su madre. Como al carecer de recursos su esposa Saleh y sus dos hijos debieron abandonar Bulgaria y en Siria el primer demandante no pudo mantenerlos, marcharon a Jordania de donde es originaria Saleh.

En su demanda acusa a Bulgaria de haber violado el art. 5, párrafo 4, (derecho a la libertad y a la seguridad), el art. 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), el art. 9 (libertad de pensamiento, conciencia y religión) y el art. 13 (derecho a un recurso efectivo) de la Convención.

El TEDH dice y decide:

Analizando el art. 5.4º, el TEDH:

“... reitera que toda persona privada de su libertad tiene derecho a la revisión de la ilegalidad de su detención por un tribunal, sea cual fuere la duración de su confinamiento. La exigencia de la Convención de que todo acto de privación de libertad sea recurrible ante un órgano judicial independiente tiene una importancia fundamental en el contexto del fin subyacente al art. 5 de la Convención que prevé garantías contra la arbitrariedad. De esta manera contiene tanto la protección de la libertad física de los individuos como de su seguridad personal” (párrafo 92).

Como en el derecho interno búlgaro nadie discute que la decisión de expulsar a un extranjero acusado de actos contra la seguridad nacional es una decisión totalmente discrecional del Ministro del Interior, el primer demandante no ha podido recurrir tal decisión, ha permanecido prácticamente incomunicado y no ha podido contactar con su abogado.

“Esta es una situación incompatible con el art. 5.4º, de la Convención y, desde una perspectiva racional, (incompatible) con la protección de los individuos contra la arbitrariedad. Las autoridades nacionales no pueden soslayar el control efectivo de la legalidad de la detención por un tribunal interno cada vez que defiendan la afirmación de que están afectadas la seguridad nacional y el terrorismo” (párrafo 94).

Por todo ello, el TEDH decide que ha existido violación de la norma citada.

Nota crítica:

No puede ser más actual la presente sentencia en numerosos aspectos. Sobre todo en cuanto afecta a una persona que ha sufrido la expulsión por realizar actividades religiosas que son legales en Bulgaria. Estamos pues ante uno más de los casos que podemos denominar como islamofobia, propugnada además por ciertos medios de comunicación e incluso por dirigentes políticos de alto nivel.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

A pesar de esta actualidad, el TEDH ha obviado otra cuestión, presente en el fondo de este asunto: El derecho a la libertad de religión; habiendo constatado la existencia de la violación de la Convención en varias normas, “el Tribunal considera que no es necesario determinar si los mismos hechos violan el art. 9 de la Convención” (párrafo 142). Sencillo expediente formal mediante el cual se cubre en parte una realidad cada día más difícil en esta materia.

Por lo que atañe al art. 5.4º, de la Convención, debe quedar muy claro que esta norma protege contra la arbitrariedad en los supuestos de internamiento para la expulsión. En ningún caso prohíbe dicho internamiento, pero debe realizarse dentro de ciertos límites que Bulgaria no ha respetado.

Especial significado adquiere la afirmación del TEDH según la cual cuando un Estado alega la defensa de su seguridad nacional o de ataques terroristas, no por ello debe olvidar las obligaciones de respeto a los derechos humanos de los detenidos. Situaciones como las sufridas por prisioneros de guerra de Afganistán en Guantánamo no resultan admisibles desde la perspectiva de los derechos humanos.

Vaya por tanto el reconocimiento de la posición del TEDH aplicando esta norma, pero no debemos olvidar que la sentencia también ha mostrado una actitud no demasiado respetuosa con el derecho de Al-Nashif a su libertad religiosa.

IV. EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR (ART. 8 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el art. 8:

- “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

En cuanto al respeto al derecho de la vida familiar, durante el período considerado en esta crónica el TEDH ha dictado dos sentencias: En el caso BOULTIF/SUIZA y en el caso SEN/HOLANDA.

A) El caso BOULTIF/SUIZA (Sentencia de 2 de agosto de 2001)

Hechos:

El argelino Abdelouahab BOULTIF entraba en territorio suizo en 1992 como turista; poco después contraía matrimonio con una nacional de dicho Estado. En 1994 es condenado por tenencia ilícita de armas a dos años de cárcel; comienza a cumplir su condena en 1998, tras haber agotado los recursos judiciales internos.

Al ir a renovar su permiso de residencia, la Dirección de Asuntos Sociales y de Seguridad Pública del cantón de Zurich rechaza su solicitud; decide pues su expulsión hacia Argelia. Al recurrir esta denegación, el Tribunal Federal constata que Boulitif tenía un gran número de parientes en Argelia y que, salvo los familiares, no había demostrado mantener lazos particularmente estrechos con Suiza; “desde luego no sería fácil para su esposa seguirle a Argelia, pero esta eventualidad no era absolutamente imposible” (párr. 20). Finalmente, las autoridades suizas deciden que abandone el territorio de la Confederación antes del 15 de enero de 2000; Boulitif lo hace y reside en Italia.

Al no renovar su permiso de residencia, Suiza –dice el demandante– ha violado el art. 8 de la Convención Europea de derechos humanos. Dicha violación se produce porque los esposos no podrán continuar juntos en Argelia, dadas las dificultades de adaptación de la esposa y el clima de violencia existente.

El TEDH dice y decide:

En su sentencia de 2 de agosto de 2001, el Tribunal señala, entre otras cosas:

“La Convención no garantiza, como tal, ningún derecho de un extranjero de entrar o de residir en el territorio de un país determinado. Sin embargo, excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el respeto al derecho de la vida familiar, tal como está protegido en el art. 8.1º, de la Convención” (párr. 39).

Constatando que la no renovación de su permiso de residencia constituye una injerencia en la vida familiar, la sentencia revisa si dicha injerencia cumple los requisitos del art. 8.2º, o sea está prevista por la ley, tiene un fin legítimo y es necesaria en una sociedad democrática.

Respecto al primer requisito, el TEDH constata que se cumplen las previsiones de la Ley Federal sobre Permanencia y Establecimiento de Extranjeros; advierte también que el fin es legítimo, pues la no renovación del permiso de residencia pretende la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales.

El tercero de los requisitos (la necesidad en una sociedad democrática) permite al Tribunal constatar que los Estados pueden expulsar a los extranjeros que cometen delitos; pero, para que se cumpla realmente el art. 8 de la Convención, las medidas adoptadas contra el extranjero habrán de cumplir dos condiciones: Estar “justificadas por una necesidad social imperiosa y, sobre todo, (ser) proporcionadas al fin legítimo perseguido” (párr. 46).

“Por tanto, la tarea del Tribunal consiste en determinar si el rechazo de renovar el permiso de residencia del demandante ha respetado en el caso un justo equilibrio entre los intereses en presencia, o sea por una parte el derecho del interesado al respeto de su vida familiar y, por otra, la protección del orden público y la prevención de las infracciones penales” (párr. 47).

Dadas las dificultades para mantener la vida familiar, el TEDH dice que “la injerencia no era proporcionada al fin perseguido” y decide por tanto que Suiza ha violado el art. 8 de la Convención.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

Nota crítica:

Realmente este caso ilustra con bastante fidelidad el estado actual de la jurisprudencia del TEDH en la materia; revisa atentamente los requisitos del art. 8.2º, para que la expulsión de un extranjero pueda violar su derecho al respeto de la vida familiar.

El problema de fondo consiste en definitiva en admitir el derecho del Estado a expulsar a los extranjeros pero siempre que se respeten los requisitos de la legalidad, la legitimidad y la necesidad en una sociedad democrática. El último de ellos en definitiva consiste en un juicio de proporcionalidad, en una decisión sobre el equilibrio de intereses entre los derechos del extranjero y del Estado correspondiente.

La ruptura de la vida familiar hubiera sido todavía más clara si el matrimonio hubiese tenido descendencia. Como reconocen los tres jueces que firman la Opinión Concordante (BAKA, WILD-HABER y LORENZEN), el problema habría tenido también otras connotaciones si se hubiera tratado de un inmigrante de “segunda generación”; el desarraigo de esas personas respecto a los Estados de origen de la inmigración no existe en este caso.

B) El caso SEN/HOLANDA (Sentencia de 21 de diciembre de 2001)

Hechos:

Los turcos Zeki SEN y su esposa Gülден SEN residen legalmente en territorio holandés; allí nacieron su segundo y su tercer hijo. La primera, Sinem SEN, nació en Turquía, donde vive con otros familiares.

En 1992 solicitan la reagrupación familiar, pidiendo en concreto un permiso provisional de permanencia para Sinem. Tal solicitud es rechazada por el Ministerio de Asuntos Exteriores. Tras agotar los recursos internos, los esposos SEN y Sinem demandan a Holanda ante el TEDH, alegando una violación del art. 8 de la Convención.

Ante el TEDH, Holanda aduce como motivo de interés público que mantiene una política restrictiva de inmigración, por la fuerte densidad de población de su territorio; además el Ministerio de AAEE alega que Holanda no tiene ninguna obligación positiva de dar ese permiso de residencia a Sinem.

El TEDH dice y decide:

“El Gobierno demandado reconoce la existencia de una vida familiar entre los demandantes, que ha sido probada. El Tribunal recuerda que un niño nacido de una unión matrimonial se inserta plenamente en esta relación; por tanto, desde el momento de su nacimiento y por el solo hecho de su nacimiento, existe entre él y sus padres un lazo constitutivo de «vida familiar»” (párr. 28).

“El art. 8 puede engendrar obligaciones positivas inherentes a un «respeto» efectivo de la vida familiar. Los principios aplicables a tales obligaciones son comparables a los que rigen las obligaciones negativas. En ambos casos, es preciso tener presente un justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y los de la sociedad en su conjunto; igualmente, en las dos hipótesis el Estado tiene cierto margen de apreciación” (párr. 31).

Sobre la cuestión de saber si Holanda ha violado una obligación positiva, el Tribunal recuerda que los Estados tienen derecho de controlar la entrada en su territorio de los no nacionales; señala además que la Convención no reconoce el derecho a la reagrupación familiar y “en materia de inmigración, el art. 8 no puede interpretarse en el sentido de que comporte para un Estado la obligación general de respetar la elección, por las parejas casadas, de su residencia común y de permitir la reagrupación familiar en su territorio” (párr. 36).

“En su análisis, el Tribunal considera la edad de los niños afectados, su situación en el país de origen y su grado de dependencia respecto a sus padres. Efectivamente no puede analizarse la cuestión únicamente desde el punto de vista de la inmigración, comparando esta situación con la de las personas que no han establecido lazos familiares hasta que se han establecido en el país receptor” (párr. 37).

“Al no dejar a los dos primeros demandantes más que la elección de abandonar la situación adquirida en Holanda o de renunciar a la compañía de su hija primogénita, el Estado demandado ha omitido realizar un justo equilibrio entre los intereses de los demandantes por un lado y su propio interés en controlar la inmigración, por otro lado, sin que sea necesario que el Tribunal aborde la cuestión de si los parientes de Sinem que residen en Turquía están dispuestos y preparados a ocuparse de ella, como afirma el Gobierno demandado” (párr. 41).

“Por tanto, ha existido violación del art. 8” (párr. 42).

Nota crítica:

El caso enfrenta reagrupación familiar y políticas restrictivas de la inmigración, en concreto la política holandesa. Obviamente los Estados pueden diseñar tales políticas, pero no pueden llegar hasta negar toda posibilidad a la reagrupación familiar.

A pesar de todo, el caso demuestra la dificultad de la reagrupación familiar desde la perspectiva de la Convención Europea de Derechos Humanos. Quede claro que este tratado internacional no reconoce ningún derecho de reagrupación familiar.

La vida familiar de los tres demandantes estaba tan incontestablemente probada, que hubiera sido difícil para el TEDH llegar a una solución distinta a la adoptada. La solución distinta hubiera supuesto una primacía o prevalencia de las políticas restrictivas de la inmigración sobre el derecho al respeto de la vida familiar; en otras palabras, tal primacía conduce en definitiva a negar cualquier contenido a ese derecho al respeto de la vida familiar de los inmigrantes.

Por otro lado, la sentencia contiene (en su párr. 37, arriba transcrito) una clara referencia a los matrimonios de conveniencia; por eso diferencia entre un matrimonio celebrado antes de que

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

los esposos se hayan establecido en el territorio de un Estado y los celebrados cuando los extranjeros ya residen en tal territorio; parece existir ahí una presunción a favor de los primeros y en contra de los segundos. Desde luego tal presunción admite prueba en contrario, como se deduce de la lectura de la sentencia dictada en el caso BOULTIF antes analizado; o sea, no todos los matrimonios celebrados por extranjeros cuando ya residen en territorio de un Estado son obviamente de conveniencia.

C) El caso AL-NASHIF/BULGARIA (Sentencia de 20 de junio de 2002)

Hechos:

Los tres demandantes alegan que Bulgaria ha realizado una interferencia arbitraria en el derecho al respeto de su vida familiar, contraria al art. 8 de la Convención.

El TEDH dice y decide:

El Tribunal se plantea tres cuestiones básicas: Si existe vida familiar en el sentido convencional, si Bulgaria ha interferido en dicha vida familiar y si la interferencia ha sido admisible convencionalmente.

Respecto a la existencia de vida familiar, la sentencia afirma:

“La existencia o inexistencia de «vida familiar» es esencialmente una cuestión que depende de la realidad de las personas afectadas...

Sin embargo, de ello se deduce que el concepto de familia en el que se basa el art. 8 permite afirmar que un niño nacido de una unión marital es ipso jure parte de esta relación; por tanto, desde el momento en el que un niño nace y por este mismo hecho, existe entre él y sus padres un fuerte lazo de «vida familiar» que los sucesos posteriores no pueden romper salvo en circunstancias excepcionales...

Por eso en cuanto se ve afectada la relación en una pareja, «vida familiar» incluye familias basadas en el matrimonio y también relaciones de facto. Para decidir cuándo una relación puede considerarse como «vida familiar» resultan relevantes un número de factores entre ellos la convivencia entre la pareja, la duración de la relación y la prueba de su compromiso mutuo al tener hijos comunes o por cualesquiera otros medios” (párrafo 112).

Respecto a la interferencia de Bulgaria, la sentencia afirma:

Es incuestionable que Al-Nashif y su esposa Saleh han mantenido una vida familiar en Bulgaria; allí han nacido sus dos hijos.

“No puede considerarse que el art. 8 imponga a un Estado la obligación general de respetar la elección de un país para fijar la residencia matrimonial por las parejas casadas y tampoco autoriza la reagrupación familiar en su territorio...

Sin embargo, la expulsión de una persona por un Estado donde viven los miembros cercanos de su familia puede equivaler a una violación del derecho al respeto de la vida familiar tal como está protegido por el art. 8.1º, de la Convención” (párrafo 114).

Por tanto la expulsión de Al-Nashif constituye una injerencia en la vida familiar de los tres demandantes.

Respecto a la admisibilidad convencional de la interferencia, la sentencia afirma:

“El Tribunal reitera que la frase «prevista por la ley» implica que la base legal debe ser «accesible» y «previsible». Los efectos de una norma son «previsibles» si está formulada con suficiente precisión como para permitir a cualquier individuo –aunque tenga necesidad de la oportuna asesoría– regular su conducta.

Además debe constituir una medida de protección jurídica en derecho interno contra las interferencias arbitrarias de las autoridades públicas respecto a los derechos garantizados por la Convención” (párrafo 119).

“Este Tribunal deduce que la expulsión del Sr. Al-Nashif fue ordenada según un régimen legal que no prevé las necesarias garantías contra la arbitrariedad.”

“Por tanto, ha existido violación del art. 8” (párrafo 128).

Nota crítica:

Este caso, que profundiza en el concepto de vida familiar, ofrece diversas ideas dignas de examen. Destacan las siguientes:

a) Siguiendo una línea jurisprudencial ya clásica, incluye en el concepto de vida familiar tanto a la formada por los matrimonios como a las parejas de hecho. Estamos pues ante un concepto amplio de vida familiar, pero que actualmente no parece incluir a las uniones homosexuales.

Este caso brindaba al TEDH la ocasión de haberse pronunciado sobre la poligamia: Como recuerdan los hechos probados, durante bastantes años, Al-Nashif mantuvo un matrimonio poligámico en Bulgaria; sin embargo, la sentencia no entra en esta materia; acaso en el futuro se plantee la ruptura de la vida familiar de un matrimonio poligámico. Dada la discriminación que sufre la mujer en este tipo de matrimonio, parece que el TEDH no puede admitir tal tipo de matrimonio, pues violaría la prohibición de discriminar (art. 14 de la Convención y Protocolo adicional nº 12, éste todavía no en vigor).

b) Establecida la existencia de vida familiar entre el primer demandante y los otros dos, era claro que Bulgaria había interferido en ella. Por tanto, la cuestión básica resultaba ser la de si la interferencia podía considerarse admisible según la Convención.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

Para descartar esta admisibilidad, el Tribunal analiza la “previsibilidad” o la calidad de las normas búlgaras; pues bien, el Acta sobre los Extranjeros atribuye un poder discrecional al Ministro del Interior, sin control judicial posterior de los actos del Ministro.

No cabe pues cualquier norma sino que ésta debe ser compatible con el texto convencional. El Acta sobre los Extranjeros no los protege contra la arbitrariedad y por tanto la acción búlgara viola la Convención.

Encontramos así dos conceptos claves: El formal y el material. El concepto clave formal no sólo es la existencia de la ley sino también la calidad o previsibilidad de la misma; no sirve cualquier ley, sino la que respeta la Convención; el criterio de la legalidad (analizado brevemente en el caso BOULTIF) engloba pues ambos aspectos.

El concepto clave material es la arbitrariedad; si un ordenamiento concede poderes arbitrarios en expulsión, sus actos no son recurribles, no puede decirse que respete los parámetros convencionales.

c) Vista la violación del criterio de legalidad, el TEDH en este caso dice que no es preciso revisar los otros dos, o sea el de legitimidad y el de necesidad en una sociedad democrática.

Pero en el caso ha de tenerse presente otro aspecto: Las acusaciones de las autoridades búlgaras de que Al-Nashif mantenía lazos con grupos islamistas violentos no fueron probadas; si hubieran existido pruebas en tal dirección, presumiblemente el TEDH habría examinado el criterio de la legitimidad de la expulsión y el de su necesidad en una sociedad democrática.

V. EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO (ART. 13 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el art. 13:

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

A) El caso CONKA/BÉLGICA (Sentencia de 5 de febrero de 2002)

Hechos:

Ver análisis del art. 5.

El TEDH dice y decide:

“La amplitud de la obligación que el art. 13 impone a los Estados partes varía en función de la naturaleza de la alegación del demandante. Sin embargo, el recurso exigido por el art. 13 debe ser «efectivo» tanto en la práctica como en la norma. La «efectividad» de un «recurso» en el sentido del art. 13 no depende de la certidumbre de un resultado favorable al demandante. Además, la «instancia» de la que habla esta norma no debe ser necesariamente una institución judicial” (párr. 75).

“El Tribunal considera que la efectividad de los recursos exigidos por el art. 13 supone que puedan impedir la ejecución de medidas contrarias a la Convención y cuyas consecuencias son potencialmente irreversibles (...) Por tanto el art. 13 se opone a que tales medidas se ejecuten antes incluso de la realización del examen por las autoridades nacionales de su compatibilidad con la Convención. Sin embargo, los Estados partes gozan de cierto margen de apreciación en cuanto al modo de cumplir las obligaciones del art. 13” (párr. 79).

En este caso,

“... el demandante no tiene ninguna garantía de que el Consejo de Estado y la administración van a cumplir los requisitos previstos ni, a fortiori, de que el Consejo de Estado va a decidir, ni incluso a sesionar, antes de su expulsión, ni que la administración va a respetar un plazo mínimo razonable. Todos esos elementos hacen el tratamiento del recurso demasiado aleatorio como para satisfacer las exigencias del art. 13” (párr. 83).

“En conclusión, los demandantes no disponían de un recurso que cumpliera las condiciones del art. 13” (párr. 85).

Por eso el TEDH decide (por cuatro votos contra tres) que ha existido violación del art. 13.

Nota crítica:

La sentencia pone el acento en la efectividad del recurso que los Estados partes deben ofrecer en virtud del art. 13. De su lectura pueden deducirse algunos parámetros muy interesantes:

1º El recurso no puede ser meramente teórico.

2º El carácter judicial o no judicial del mismo; no necesariamente debe ser un recurso judicial; pero la autoridad correspondiente sí deberá tener capacidad jurídica para decidir sobre el fondo del caso.

3º El art. 13 exige que los argumentos del demandante sean analizados y el caso sea decidido antes de que se hayan adoptado medidas irreversibles; en las expulsiones, exige (si se mantiene esta línea jurisprudencial) que el o los recursos del art. 13 se decidan antes de la expulsión propiamente dicha.

A pesar de todo ello, los Estados gozan de cierto margen de apreciación; pero un margen reducido y sobre todo posible en casos de extrema urgencia.

B) El caso AL-NASHIF/BULGARIA (Sentencia de 20 de junio de 2002)

Hechos:

Ver análisis del art. 5.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

El TEDH dice y decide:

Basándose en la sentencia dictada en el caso CONKA, antes analizado, afirma:

“Siendo expresión directa de la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos en primer lugar y de protegerlos además en su sistema interno, el art. 13 establece una garantía adicional para el individuo con el fin de asegurar que él disfrute efectivamente estos derechos” (párrafo 132).

“Cuando se ven afectadas cuestiones de seguridad nacional, pueden justificarse ciertas limitaciones en el tipo de los recursos previstos. Por ejemplo la vigilancia secreta y el uso de información secreta ocultando a los candidatos que pueden acceder a informaciones sensibles...” (párrafo 136).

“El Tribunal considera que en los casos de expulsiones de extranjeros basadas en la seguridad nacional –y motivos similares– el reconciliar el interés de preservar informaciones sensibles con el derecho individual a un recurso efectivo es obviamente más difícil que en otros casos...”

Cuando se alega el motivo de la seguridad nacional, la garantía de un recurso efectivo exige como mínimo que una autoridad independiente competente en la apelación deba ser informada de las razones que han llevado a la decisión de expulsión, aunque estas razones no estén disponibles públicamente. La autoridad debe ser competente para rechazar la afirmación del ejecutivo de que el motivo de la seguridad nacional no es arbitrario o irrazonable”. En definitiva, la autoridad competente debe poder realizar “un justo balance entre el interés público y los derechos del individuo” (párrafo 137).

Por todo ello, en este caso no se ha respetado el art. 13.

Nota crítica:

No aporta novedades importantes esta sentencia en el panorama del art. 13. Pero sí contribuye a reafirmar una idea: Los Derechos Humanos constituyen una batalla contra la arbitrariedad; ni siquiera resulta admisible esta arbitrariedad cuando se alegan motivos de seguridad nacional.

Por tanto, aun ante esos motivos, el art. 13 exige que el extranjero disponga de un recurso efectivo. Ese recurso debe permitir a una autoridad independiente decidir sobre el motivo de la expulsión, decidir sobre el fondo de la cuestión y no meramente sobre la forma.

Cuando se aducen con tanta facilidad motivos de este tipo en las expulsiones, no sobran estas acotaciones del TEDH; por el contrario, a través de las mismas queda patente que la defensa del Estado de derecho debe hacerse desde métodos compatibles con él, métodos alejados de la arbitrariedad de las dictaduras.

VI. EXPULSIÓN Y DISCRIMINACIÓN (ART. 14 DE LA CONVENCIÓN)

Dice el art. 14: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

(No existe jurisprudencia sobre esta norma, respecto a la extranjería, en el período considerado en esta crónica.)

VII. LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS (ART. 4 DEL PROTOCOLO 4)

Dice el art. 4 del Protocolo adicional nº 4: “Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”.

El TEDH dice y decide:

“59. Es necesario entender por expulsión colectiva, en el sentido del art. 4 del Protocolo nº 4, toda medida que obligue a los extranjeros, en cuanto grupo, a abandonar un país, salvo en el caso de que tal medida haya sido adoptada al final de y sobre la base de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo.”

“Las solicitudes de asilo de los demandantes han sido objeto de decisiones de rechazo adoptadas el 3 de marzo de 1999 y confirmadas el 18 de junio de 1999. Motivadas y acompañadas de una orden de abandonar el territorio...”

“60. El Tribunal advierte sin embargo que las medidas de detención y de salida impugnadas han sido adoptadas en ejecución de una orden de abandonar el territorio fechada el 29 de septiembre de 1999, que se fundamentaba únicamente en el art. 7, apartado 1, 2º, de la Ley sobre los Extranjeros, sin otra referencia a la situación personal de los interesados más que el hecho de que su permanencia en Bélgica excedía de tres meses. En particular el documento no hacía ninguna referencia a la solicitud de asilo de los demandantes.

Ciertamente estas decisiones estaban acompañadas de una orden de abandonar el territorio, pero por sí sola esta (orden) no autorizaba el arresto de los demandantes. En estas condiciones y a la vista del gran número de personas del mismo origen que han conocido igual suerte que los demandantes, el Tribunal considera que el procedimiento seguido no puede excluir cualquier duda sobre el carácter colectivo de la expulsión.

63. En síntesis, en ningún momento del período que transcurre desde la convocatoria de los interesados en la comisaría hasta su expulsión, el procedimiento seguido ofrecía garantías suficientes que atestiguaran una consideración real y diferenciada de la situación individual de cada una de las personas afectadas.

En conclusión, hubo violación del art. 4 del Protocolo nº 4.”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería

Nota crítica:

Consultar en este mismo número de la Revista el análisis de la sentencia en mi estudio titulado *El Derecho Internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros*.

VIII. LAS GARANTÍAS PROCESALES DE LA EXPULSIÓN INDIVIDUAL (ART. 1 DEL PROTOCOLO 7)

Dice el art. 1 del Protocolo adicional nº 7:

“1. El extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley, y deberá poder:

- a) hacer valer las razones que se opongan a su expulsión,
- b) hacer que se examine su caso, y
- c) hacerse representar en esas acciones ante la autoridad competente o la persona o personas designadas por dicha autoridad.

2. El extranjero podrá ser expulsado antes de hacer valer los derechos que figuran en los apartados a), b) y c) del párrafo 1 de este artículo cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional.”

(No existe jurisprudencia sobre esta norma en el período examinado en la presente crónica).

IX. LA SATISFACCIÓN EQUITATIVA POR LAS EXPULSIONES ANTICONVENCIONALES (ART. 41 DE LA CONVENCION)

Dice el art. 41 de la Convención:

“Si el Tribunal declara que ha habido una violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.”

Como ya he indicado, en el caso CONKA el TEDH decide una satisfacción equitativa de 10.000 euros. No era la mejor satisfacción posible, pues los implicados casi con total seguridad habrían deseado otra: La revisión de su solicitud de asilo por parte de Bélgica. Pero el sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos no da más de sí; por eso prevé esta llamada “satisfacción” y calificada nada menos que de “equitativa”, términos ambos que en este caso no se ajustan a la realidad.

También existe satisfacción equitativa en el caso AL-NASHIF: Se condena a Bulgaria al pago al primer demandante de 7.000 euros y al pago de 5.000 euros a cada uno de los otros dos demandantes. Como he señalado, el sistema no da más de sí; con toda probabilidad los demandantes

hubieran deseado la condena a la readmisión en territorio búlgaro, donde vivían; si esa readmisión es posible para los demandantes segundo y tercero (en cuanto son nacionales búlgaros), no lo es (salvo que Bulgaria decida otra cosa) para el primero que además es apátrida.

Por otra parte, en el caso BOULTIF el TEDH no concede ninguna satisfacción al demandante porque “no formuló ninguna demanda de perjuicio material o moral” (párr. 58). Lo mismo sucede en el caso SEN: al no haber presentado ninguna demanda de satisfacción, “el Tribunal considera que no ha lugar a conceder ninguna suma en este apartado” (párr. 44).

Debe tenerse presente que el momento apto para pedir la satisfacción equitativa es el de la presentación de la demanda; si no se hace, el TEDH considerará como suficiente satisfacción la simple sentencia.

X. LA CONDENA EN GASTOS Y COSTAS PROCESALES Y OTRAS CUESTIONES

El caso KALANTARI demuestra que el TEDH puede condenar en gastos y costas procesales a un Estado o puede no hacerlo; en la segunda hipótesis, obviamente cada parte deberá sufragar sus gastos y la mitad de las costas procesales. En este caso se condena al pago de esas cantidades respecto a los procesos internos alemanes y también respecto al proceso ante el mismo TEDH; el considerando 62 indica que ello es así porque dichas cantidades “han sido real y necesariamente sufragadas con el fin de impedir su expulsión hacia Irán, y son razonables respecto a su cuantía”.

En el caso K.K.C. también Holanda asume (en el arreglo amistoso) los gastos y costas procesales del demandante; pero existe una diferencia con el anterior: Holanda asume sólo los correspondientes al procedimiento seguido ante el TEDH, no los relativos a los procedimientos seguidos ante Tribunales internos holandeses.

A su vez en el caso CONKA se produce una condena en costas y gastos procesales; en él alcanza la cifra de 9.000 euros. Por lo que afecta al caso BOULTIF, el TEDH condena a Suiza al pago de 5.346,70 francos suizos.

También en el caso AL-NASHIF se produce la condena en costas y gastos procesales; Bulgaria debe pagar 6.500 euros por tal concepto conjuntamente a los tres demandantes.

Pero en el caso SEN no existe ninguna condena en gastos y costas procesales; parece que la demanda tampoco solicitaba tal condena. Porque el momento oportuno para solicitar la condena en gastos y costas procesales es asimismo la presentación de la demanda.



Crónica legislativa de un semestre

CRÓNICA LEGISLATIVA DE UN SEMESTRE^(*)

SUMARIO

I. Fuentes internacionales. A) Marco multilateral. a) Declaraciones y actos de los órganos de las Naciones Unidas. b) Tratados celebrados en el ámbito de las Naciones Unidas. c) Tratados celebrados en el ámbito del Consejo de Europa. B) Normas y actos de la Unión Europea. a) Disposiciones adoptadas. b) Actos preparatorios. C) Convenios multilaterales y bilaterales que vinculan a España en materia de extranjería. a) Visados. b) Ordenación de los flujos migratorios. c) Seguridad Social.

II. Normas internas. Fiscalía.

III. Propuestas y anteproyectos. A) Unión Europea. B) Derecho Español: Propuestas en materia de inmigración. a) Derechos y libertades de los extranjeros en España. b) Situación de los trabajadores españoles en el extranjero.

IV. Crónica legislativa de México y América Latina. A) Tratados Internacionales Multilaterales y Bilaterales sobre Extranjería. México. B) Tratados Internacionales sobre Asilo.

Anexo Legislativo: Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad (BOE del 9).

I. FUENTES INTERNACIONALES

A) Marco multilateral

a) Declaraciones y actos de los órganos de las Naciones Unidas

– Declaración de Durban de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (2001).

(*) Al tratarse del primer número de la revista, hemos optado por ampliar el periodo semestral de la Crónica Legislativa para presentar/recopilar la normativa más importante a partir de la publicación de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Fuentes internacionales

- Resolución 56/203, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de febrero de 2002 sobre migración y desarrollo.
- Resolución 56/166, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de febrero de 2002 sobre Derechos humanos y éxodos en masa.
- Resolución 56/170, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de febrero de 2002, sobre protección de los migrantes.

b) Tratados celebrados en el ámbito de las Naciones Unidas

- Entrada en vigor del Estatuto del Tribunal penal Internacional (Estatuto de Roma de 1998), el 1 de julio de 2002, al haber alcanzado el número necesario de ratificaciones y adhesiones.

c) Tratados celebrados en el ámbito del Consejo de Europa

- Protocolo nº 13 a la Convención Europea de salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte en todas las circunstancias, adoptado en Vilna el 3 de mayo de 2002.

B) Normas y actos de la Unión Europea**a) Disposiciones adoptadas**

- Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del art. 26 del convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985.
- Reglamento (CE) nº 2414/2001 del Consejo, de 7 de diciembre de 2001, que modifica el Reglamento (CE) nº 539/2001 por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.
- Decisión 2002/307/CE, de la Comisión, de 18 de diciembre de 2001, por la que se establecen disposiciones de ejecución de la Decisión 2000/596/CE del Consejo sobre el Fondo Europeo para los Refugiados.
- Reglamento (CE) nº 333/2002 del Consejo, de 18 de febrero de 2002, sobre un modelo uniforme de impreso para la colocación del visado expedido por los Estados miembros a titulares de un documento de viaje no reconocido por el Estado miembro que expide el visado.
- Reglamento (CE) nº 334/2002 del Consejo, de 18 de febrero de 2002, que modifica el Reglamento (CE) nº 1683/1995 por el que se establece un modelo uniforme de visado.
- Reglamento (CE) nº 407/2002 del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por el que se establecen determinadas normas de desarrollo del Reglamento (CE) nº 2725/2000 relativo a la creación

Fuentes internacionales

del sistema “Eurodac” para la comparación de las impresiones digitales para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín.

- Resolución del 25 de abril de 2002 sobre las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, en base al Informe Hernández Mollar (A5-0112/2002).
- Reglamento (CE) nº 1030/2002, del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países.
- Decisión del Consejo, de 13 de junio de 2002, por la que se adopta un programa de acción relativo a la cooperación administrativa en los ámbitos de las fronteras exteriores, visados, asilo e inmigración (programa ARGO).
- Decisión del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa a la revisión del Manual común y de la Instrucción consular común (2002/587/CE).
- Decisión Marco del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos.

b) Actos preparatorios

- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, relativa a un método abierto de Coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración (Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 11 de junio de 2001).
- Informe de la Comisión al Consejo titulado *Exención del requisito de visado a los ciudadanos rumanos* (Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 29 de junio de 2001).
- Comisión, Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la expedición de un permiso de residencia de corta duración a las víctimas de la ayuda a la inmigración ilegal o de la trata de seres humanos que cooperen con las autoridades competentes [COM (2002) 0071 final].
- Libro Verde de la Comisión, de 10 de abril de 2002, relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales [COM (2002) 175 final].

C) Convenios multilaterales y bilaterales que vinculan a España en materia de extranjería

a) Visados

- Denuncia del Canje de Notas, de 26 de mayo de 1961, entre España y Colombia sobre supresión de visados (BOE, de 24 de septiembre de 2001). Este acuerdo entró en vigor el 2 de enero de 2002.

b) Ordenación de los flujos migratorios

- Protocolo adicional entre el Reino de España y la República de Colombia, modificando el Convenio de Nacionalidad de 27 de junio de 1979, hecho *ad referendum* en Bogotá el 14 de septiembre de 1998 (BOE nº 264, de 4 de noviembre de 2002).
- Acuerdo Administrativo entre España y Marruecos, relativo a los trabajadores de temporada, firmado en Madrid, el 30 de septiembre de 1999.
- Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios, hecho en Madrid, el 29 de mayo de 2001.
- Entrada en vigor del Acuerdo entre España y Colombia relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales, hecho en Madrid el 21 de mayo de 2001 cuya aplicación provisional fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado* nº 159, de 4 de julio de 2001 (BOE nº 111, de 9 de mayo de 2002).
- Acuerdo sobre mano de obra entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 25 de julio de 2001 (BOE nº 226, de 20 de septiembre de 2001).
- Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Federal de Nigeria en materia de inmigración, hecho en Abuja el 12 de noviembre de 2001.
- Acuerdo entre el Reino de España y la República Dominicana relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales, hecho en Madrid, el 17 de diciembre de 2001.
- Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Polonia sobre la Regulación y Ordenación de los Flujos Migratorios entre ambos Estados, hecho en Varsovia el 21 de mayo de 2002 (BOE nº 226, de 20 de septiembre de 2002).
- Aplicación provisional del Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República Argentina sobre el reconocimiento recíproco y el Canje de los permisos de conducción nacionales, hecho en Madrid el 31 de julio de 2002 (BOE nº 251, de 19 de octubre de 2002).
- Acuerdo entre el Reino de España y Rumania relativo a la regulación de los flujos migratorios laborales entre ambos Estados.

c) Seguridad Social

- Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, hecho en Andorra el 9 de noviembre de 2001.
- Aplicación provisional del Acuerdo Complementario al Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Argentina de

Normas internas

28 de mayo de 1966, hecho en Valencia el 14 de mayo de 2002 (*BOE* nº 225, de 19 de septiembre de 2002).

- Aplicación provisional del Acuerdo Complementario al Acuerdo Administrativo hispano-peruano de Seguridad Social de 24 de noviembre de 1978, hecho en Valencia el 14 de mayo de 2002 (*BOE* nº 225, de 19 de septiembre de 2002).
- Aplicación provisional del Convenio Complementario al Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Chile de 28 de enero de 1997, hecho en Valencia el 14 de mayo de 2002 (*BOE* nº 225, de 19 de septiembre de 2002).

II. NORMAS INTERNAS

- Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero, por el que se establecen los requisitos para la regularización de extranjeros prevista en la disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (*BOE* nº 44, de 20 de febrero de 2001).
- Entrada en vigor del Protocolo adicional entre el Reino de España y la República Argentina modificando el Convenio de nacionalidad de 14 de abril de 1969, hecho en Buenos Aires el 6 de marzo de 2001, cuya aplicación provisional fue publicada en el *Boletín Oficial del Estado* nº 88, de fecha 12 de abril de 2001 (*BOE* nº 248, de 16 de octubre de 2002).
- Real Decreto 344/2001, de 4 de abril, por el que se crea el Consejo Superior de Política de Inmigración (*BOE* nº 83, de 6 de abril de 2001).
- Real Decreto 345/2001, de 4 de abril, por el que se regula el Observatorio Permanente de la Inmigración (*BOE* nº 83, de 6 de abril de 2001).
- Real Decreto 367/2001, de 4 de abril, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes (*BOE* nº 83, de 6 de abril de 2001).
- Resolución de 17 de abril de 2001, de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros del día 30 de marzo de 2001, por el que se aprueba el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración (*BOE* nº 101, de 27 de abril de 2001).
- Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo, sobre acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores (*BOE* nº 130, de 31 de mayo de 2001; c.e. *BOE* nº 237, de 3 de octubre de 2001).

Normas internas

- Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (*BOE* nº 174, de 21 de julio de 2001; c.e. *BOE* nº 240, de 6 de octubre de 2001).
- Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida (*BOE* nº 174, de 21 de julio de 2001; c.e. *BOE* nº 276, de 17 de noviembre de 2001).
- Instrucción 4/2001, de 25 de julio, sobre la autorización judicial de la expulsión de los extranjeros en procedimientos penales.
- Circular 1/2002, de 16 de enero de 2002, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, sobre instrucciones generales sobre el Contingente de trabajadores extranjeros del régimen no comunitario para el año 2002 y el procedimiento para su cobertura.
- Orden PRE/237/2002, de 8 de febrero, por la que se dictan instrucciones generales relativas al número de enlace de visado en materia de extranjería (*BOE* nº 37, de 12 de febrero de 2002).
- Orden ECD/272/2002, de 11 de febrero, para la aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, por el que se regulan las condiciones de homologación de títulos extranjeros de educación superior (*BOE* nº 40, de 15 de febrero de 2002).
- Real Decreto 238/2002, de 1 de marzo, sobre estructura orgánica y funciones del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO) (*BOE* nº 64, de 15 de marzo de 2002).
- Instrucción de 20 de marzo de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recepción y despacho de solicitudes de certificaciones en los Registros civiles por vía telemática (*BOE* nº 85, de 9 de abril de 2002).
- Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (*BOE* nº 73, de 26 de marzo de 2002).
- Resolución de 23 de abril de 2002, de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, por la que se concede validez de permiso de trabajo en todo el territorio nacional y para todos los sectores de actividad a determinadas autorizaciones para trabajar.
- Orden AEX/1059/2002, de 25 de abril, de bases reguladoras de las ayudas de protección y asistencia consulares en el extranjero (*BOE* nº 115, de 14 de mayo de 2002).
- Orden de 5 de julio por la que se crean las oficinas de extranjeros de Albacete, Ávila, Badajoz, Burgos, Cáceres, Cádiz, Córdoba, Guadalajara, Huelva, Huesca, Jaén, Logroño, Lugo, Málaga, Ourense, Oviedo, Palencia, Pontevedra, Santander, Toledo, Valladolid y Zaragoza (*BOE* nº 161, de 6 de julio de 2002).

Normas internas

- Ley 32/2002, de 5 de julio, de modificación de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, al objeto de permitir el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería (BOE nº 161, de 6 de julio de 2002).
- Orden AEX/2487/2002, de 10 de septiembre, por la que se crea una oficina Consular, con categoría de Consulado, en Quito (República del Ecuador) (BOE nº 243, de 10 de octubre de 2002).
- Resolución de 12 de septiembre de 2002, de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, por la que se establecen las normas para la designación de miembros del Consejo General de la Emigración (BOE nº 239, de 5 de octubre de 2002).
- Orden PRE/2277/2002, de 16 de septiembre, por la que se crea la Oficina de Extranjeros en A Coruña (BOE nº 224, de 18 de septiembre de 2002).
- Real Decreto 1028/2002, de 4 de octubre, sobre ampliación de los medios económicos de la Seguridad Social traspasados a la Comunidad de Castilla y León en las materias encomendadas al Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO) (BOE nº 252, de 21 de octubre de 2002).
- Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad (BOE nº 242, de 9 de octubre de 2002).

Fiscalía

Fuente: Web del reicaz.

- Consulta 1/2001, de 9 de mayo. Retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España: alcance y límites.
- Instrucción 4/2001, de 25 de julio, sobre autorización judicial de la expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales.
- Circular 3/2001, de 21 de diciembre. Actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.
- Instrucción 2/2002, de 11 de febrero. Organización de las Fiscalías en materia de extranjería.
- Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería.

III. PROPUESTAS Y ANTEPROYECTOS

A) Unión Europea

- Informe de la Comisión al Consejo titulado *Exención del requisito de visado a los ciudadanos rumanos* (Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 29 de junio de 2001).
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, relativa a un método abierto de Coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración (Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 11 de julio de 2001).
- Comisión, Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la expedición de un permiso de residencia de corta duración a las víctimas de la ayuda a la inmigración ilegal o de la trata de seres humanos que cooperen con las autoridades competentes [COM (2002) 0071 final].
- Libro Verde de la Comisión, de 10 de abril de 2002, relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales [COM (2002) 175 final].

B) Derecho Español: Propuestas en materia de inmigración

Iniciativas legislativas pendientes en materia de extranjería (VII legislatura)

Fuente: Web del reicaz.

a) Derechos y libertades de los extranjeros en España

- Proposición de Ley de reconocimiento de los derechos de sufragio activo y pasivo a determinados ciudadanos extranjeros (Orgánica) (BOCCGG, Congreso de los Diputados, nº 57-1, de 29 de mayo de 2000).

Presentado el 16 de mayo de 2000, calificado el 23 de mayo de 2000.

Autor: Grupo Parlamentario Mixto.

Situación actual: Pleno-Toma en consideración.

- Proposición no de Ley sobre reforma urgente del Contingente 2002 de trabajadores extranjeros (BOCCGG, Congreso de los Diputados, nº 411, serie D, de 27 de septiembre de 2002).

Autor: Grupo Parlamentario Socialista.

Situación actual: Pleno (Rechazada). (BOCCGG, Congreso de los Diputados, nº 418, serie D, de 9 de octubre de 2002, p. 46).

Propuestas y anteproyectos

- Proyecto de Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega.

Presentado el 25 de octubre de 2002, calificado el 29 de octubre de 2002.

Autor: Gobierno.

Situación actual: Comisión de Justicia e Interior-Publicación.

- Proyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley sobre la Orden Europea de Detención y Entrega.

Presentado el 25 de octubre de 2002, calificado el 29 de octubre de 2002.

Autor: Gobierno.

Situación actual: Comisión de Justicia e Interior-Publicación.

b) Situación de los trabajadores españoles en el extranjero

- Proposición de Ley por la que se extiende la asistencia sanitaria a los españoles no residentes cuando se hallan en España (BOCCGG, Congreso de los Diputados, nº 9-1, de 24 de abril de 2000).

Presentado el 5 de abril de 2000, calificado el 12 de abril de 2000.

Autor: Grupo Parlamentario Socialista.

Situación actual: Pleno-Toma en consideración.

- Proposición de Ley relativo a la modificación de los requisitos temporales para el cobro del subsidio por desempleo al colectivo de emigrantes españoles retornados (BOCCGG, Congreso de los Diputados, nº 66-1, de 5 de junio de 2000).

Presentada el 25 de mayo de 2000, calificado el 30 de mayo de 2000.

Autor: Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida.

Situación actual: Pleno-Toma en consideración.

- Proposición de Ley sobre modificación de los requisitos temporales para el cobro de prestaciones no contributivas al colectivo de emigrantes españoles retornados (BOCCGG, Congreso de los Diputados, nº 65-1, de 5 de junio de 2000).

Presentada el 25 de mayo de 2000, calificado el 30 de mayo de 2000.

Autor: Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida.

Situación actual: Pleno-Toma en consideración.

IV. CRÓNICA LEGISLATIVA DE MÉXICO Y AMÉRICA LATINA

M^a CARMEN AINAGA VARGAS

Catedrática de Derecho Constitucional.

Universidad de Veracruz (México)

A) Tratados Internacionales Multilaterales y Bilaterales sobre Extranjería. México

- Convención para Combatir el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. (Depositario: OCDE).

Categoría: Tratados Multilaterales.

Estatus: Vigente.

Lugar de adopción: París, Francia.

Fecha de adopción: 17 de diciembre de 1997.

Vinculación de México: 27 de mayo de 1999 Rat. Méx.

Entrada en vigor: 15 de febrero de 1999 E.V.G 26 de julio de 1999 E.V.M.

Publicado: 27 de septiembre de 1999 D.O.

Estados parte: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, España, Corea del Sur, Eslovaquia, Eslovenia, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza y Turquía.

- Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones.

Categoría: Tratados Bilaterales.

Estatus: Vigente.

País(es): Argentina.

Lugar de firma: Buenos Aires, Argentina.

Fecha de firma: 13 de noviembre de 1996.

Entrada en vigor: 22 de julio de 1998.

Publicado: 20 de agosto de 1998 D.O.

- Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Categoría: Tratados Bilaterales.

Status: Vigente.

País(es): España.

Tratado: Lugar de firma: México, D.F.

Fecha de firma: 22 de junio de 1995.

Entrada en vigor: 18 de noviembre de 1996 .

Publicado: 19 de marzo de 1997 D.O.

Crónica legislativa de México y América Latina

- Convención por la que se Suprime el Requisito de la Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros.

Categoría: Tratados Internacionales.

Estatus: Vigente.

Lugar de adopción: La Haya, Países Bajos.

Fecha de adopción: 5 de octubre de 1961

Vinculación de México: 1 de diciembre de 1994 Adh. Méx.

Entrada en vigor: 24 de enero de 1965 E.V.G. 14 de agosto de 1995 E.V.M.

Publicado: 14 de agosto de 1995 D.O.

Estados parte: Alemania, Andorra, Argentina, Armenia, Antigua y Barbuda, Australia, Austria, Bahamas, Belarús, Barbados, Bélgica, Belice, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Bulgaria, Brunei Darussalam, Chipre, Colombia, Croacia, El Salvador, Eslovenia, Eslovaquia, España, Estados Unidos, Estonia, Federación de Rusia, Fiji, Finlandia, Francia, Granada, Grecia, Hong Kong, Hungría, Italia, Irlanda, Islas Marshall, Israel, Japón, Kazajstán, Letonia, Lesotho, Lituania, Luxemburgo, Liberia, Liechtenstein, Macau, Macedonia, Malawi, Malta, Mauricio, México, Namibia, Niue, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Samoa, San Cristóbal y Nieves, San Marino, Santa Lucía, Seychelles, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Suriname, Swazilandia, Tonga, Trinidad y Tobago, Turquía, Venezuela y Yugoslavia.

Notas: El Reino Unido declara la extensión de esta Convención a: Jersey, Bailiwick de Guernsey, Isla del Hombre, Antigua, Islas Bahama, Barbados, Basutoland, Bechuanaland, Bermuda, Territorio Antártico Británico, Guyana Británica, Islas Salomón Británicas, Brunei, Islas Caimán, Dominica, Islas Malvinas, Fiji, Gibraltar, Islas Gilberto y Ellice, Granada, Hong Kong, Mauricio, Montserrat, Nuevas Hébridas, Santa Helena, San Christopher, Nevis y Anguilla, Santa Lucía, San Vicente, Seychelles, Rhodesia del Sur, Suazilandia, Tonga, Islas Vírgenes, Islas Turks y Caicos, Islas Sandwich del Sur, Georgia del Sur. Países Bajos declara la extensión de la Convención a: Las Antillas Neerlandesas, Surinam, Aruba. Portugal declara la extensión de la Convención a: Macao. Estados Unidos: Samoa Americana, Guam, Islas Marianas del Norte, Puerto Rico, Islas Vírgenes de los Estados Unidos.

- Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. (Depositario: OEA).

Categoría: Tratados Multilaterales.

Estatus: Vigente.

Lugar de adopción: Montevideo, Uruguay.

Fecha de adopción: 8 de mayo de 1979.

Vinculación de México: 12 de junio de 1987 Rat. Méx.

Entrada en vigor: 14 de junio de 1980 E.V.G. 11 de julio de 1987 E.V.M.

Publicado: 20 de agosto de 1987 D.O. 30 de noviembre de 1987 D.O. de Fe de Erratas.

Estados parte: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

- Convenio Internacional del Trabajo n° 118 relativo a la Igualdad de Trato de Nacionales y Extranjeros en materia de Seguridad Social. (Depositario: OIT).

Categoría: Tratados Multilaterales.

Estatus: Vigente.

Lugar de adopción: Ginebra, Suiza.

Fecha de adopción: 28 de junio de 1962.

Vinculación de México: 6 de enero de 1978 Rat. Méx.

Entrada en vigor: 25 de abril de 1964 E.V.G. 6 de enero de 1979 E.V.M.

Publicado: 15 de febrero de 1978 D.O.

Estados parte: Alemania, Bangladesh, Barbados, Bolivia, Brasil, Cabo Verde, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Filipinas, Finlandia, Francia, Guatemala, Guinea, India, Iraq, Irlanda, Israel, Italia, Jordania, Kenya, Libia, Madagascar, Mauritania, México, Noruega, Países Bajos, Pakistán, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Ruanda, Siria, Suecia, Surinam, Túnez, Turquía, Uruguay y Venezuela.

- Convención sobre Nacionalidad de la Mujer. (Ver reservas y declaraciones formuladas por México). (Depositario: Uruguay del texto de la Convención. OEA, de los instrumentos de ratificación).

Categoría: Tratados Multilaterales.

Estatus: Vigente.

Lugar de adopción: Montevideo, Uruguay.

Fecha de adopción: 26 de diciembre de 1933.

Vinculación de México: 27 de enero de 1936 Rat. Méx.

Entrada en vigor: 29 de agosto de 1934 E.V.G. 27 de enero de 1936 E.V.M.

Texto: Reservas: “El Gobierno de México se reserva el derecho de no aplicar la presente Convención en aquellos casos que estén en oposición con el art. 20 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, la cual establece que la mujer extranjera que se case con mexicano, queda naturalizada por virtud de la ley, siempre que tenga o establezca su domicilio dentro del territorio nacional”.

Estados parte: Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Estados Unidos y Uruguay.

- Convención sobre Condición de los Extranjeros. (Depositario: Cuba del texto original de la Convención. OEA, de los instrumentos de ratificación). (Ver reservas y declaraciones formuladas por México).

Crónica legislativa de México y América Latina

Categoría: Tratados Multilaterales.

Estatus: Vigente.

Lugar de adopción: La Habana, Cuba.

Fecha de adopción: 20 de febrero de 1928.

Vinculación de México: 28 de marzo de 1931 Rat. Méx.

Entrada en vigor: 29 de agosto de 1929 E.V.G. 28 de marzo de 1931 E.V.M.

Publicado: 20 de agosto de 1931 D.O.

Texto: Reservas: "I. El Gobierno mexicano declara que interpreta el principio consignado en el art. 5 de la Convención, de sujetar a las limitaciones de la Ley Nacional, la extensión y modalidades del ejercicio de los derechos civiles esenciales de los extranjeros, como aplicable también a la capacidad civil de los extranjeros para adquirir bienes en el territorio nacional. II. El Gobierno mexicano hace la reserva de que por lo que concierne al derecho de expulsión de los extranjeros, instituido por el art. 6 de la Convención, dicho derecho será siempre ejercido por México en la forma y con la extensión establecidas por su ley constitucional".

Estados parte: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Uruguay.

- Convenio Internacional del Trabajo nº 19 relativo a la Igualdad de Trato entre los Trabajadores Extranjeros y Nacionales en materia de Indemnización por Accidentes de Trabajo. (Depositario: OIT).

Categoría: Tratados Multilaterales.

Estatus: Vigente.

Lugar de adopción: Ginebra, Suiza.

Fecha de adopción: 5 de junio de 1925.

Vinculación de México: 12 de mayo de 1934 Rat. Méx.

Entrada en vigor: 8 de septiembre de 1926 E.V.G. 12 de mayo de 1934 E.V.M.

Publicado: 7 de agosto de 1935 D.O.

Estados parte: Alemania, Angola, Antigua y Barbuda, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Bangladesh, Barbados, Bélgica, Belice, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Botswana, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camerún, Chile, China, Chipre, Colombia, Comores, Corea del Sur, Costa de Marfil, Croacia, Cuba, Dinamarca, Djibuti, Dominica, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Gabón, Ghana, Granada, Grecia, Guatemala, Guinea-Bissau, Guyana, Haití, Hungría, India, Indonesia, Irán, Iraq, Irlanda, Islas Salomón, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Kenya, Lesotho, Letonia, Líbano, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Madagascar, Malasia, Malawi, Malí, Malta, Marruecos, Mauricio, Mauritania, México, Myanmar, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Países Bajos, Pakistán, Panamá, Papúa Nueva Guinea, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Centroafricana, República Checa, República Democrática del Congo, República Dominicana, Ruanda, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Sierra Leona, Singapur, Siria, Somalia, Sudáfrica, Sudán, Suecia, Suiza, Surinam, Swazilandia, Tailandia, Tanzania, Trinidad y Tobago, Túnez, Uganda, Uruguay, Venezuela, Yemen, Yugoslavia, Zambia y Zimbabue.

B) Tratados Internacionales sobre Asilo

- Convención sobre Asilo Territorial. (Ver reservas y declaraciones formuladas por México). (Depositario: OEA).

Categoría: Tratados Multilaterales.

Estatus: Vigente.

Lugar de adopción: Caracas, Venezuela.

Fecha de adopción: 28 de marzo de 1954.

Vinculación de México: 3 de abril de 1982 Rat. Méx.

Entrada en vigor: 29 de diciembre de 1954 E.V.G. 3 de abril de 1982 E.V.M.

Publicado: 4 de mayo de 1981 D.O.

Texto: Reservas: “El Gobierno de México hace reserva expresa del art. X porque es contrario a las garantías individuales de que gozan todos los habitantes de la República de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

Estados parte: Brasil, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

- Convención sobre Asilo Diplomático. (Depositario: OEA).

Categoría: Tratados Multilaterales.

Estatus: Vigente.

Lugar de adopción: Caracas, Venezuela.

Fecha de adopción: 28 de marzo de 1954.

Vinculación de México: 6 de febrero de 1957 Rat. Méx.

Entrada en vigor: 29 de diciembre de 1954 E.V.G. 6 de febrero de 1957 E.V.M.

Publicado: 5 de abril de 1957 D.O.

Estados parte: Argentina, Brasil, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay, Venezuela.

- Convención sobre Asilo Político. (Depositario: Uruguay del texto de la Convención. OEA, de los instrumentos de ratificación).

Categoría: Tratados Multilaterales.

Estatus: Vigente.

Lugar de adopción: Montevideo, Uruguay.

Fecha de adopción: 26 de diciembre de 1933.

Vinculación de México: 27 de enero de 1936 Rat. Méx.

Entrada en vigor: 28 de marzo de 1935 E.V.G. 27 de enero de 1936 E.V.M.

Publicado: 10 de abril de 1936 D.O.

Crónica legislativa de México y América Latina

Estados parte: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay.

Notas: Esta Convención modifica la Convención de La Habana sobre Derecho de Asilo del 20 de febrero de 1928.

- Convención sobre Asilo. (Depositario: Cuba del texto original de la Convención. OEA, de los instrumentos de ratificación).

Categoría: Tratados Multilaterales.

Estatus: Vigente.

Lugar de adopción: La Habana, Cuba.

Fecha de adopción: 20 de febrero de 1928.

Vinculación de México: 6 de febrero de 1929 Rat. Méx.

Entrada en vigor: 21 de mayo de 1929 E.V.G. 21 de mayo de 1929 E.V.M.

Publicado: 19 de marzo de 1929 D.O.

Estados parte: Brasil, Colombia, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Estados Unidos y Uruguay.

ANEXO LEGISLATIVO

LEY 36/2002, DE 8 DE OCTUBRE, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE NACIONALIDAD (BOE DEL 9)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

Desde la promulgación del Código Civil en 1889, la regulación jurídica de la nacionalidad, concebida como vínculo político y jurídico que liga a una persona física con su Estado, ha sido objeto de sucesivas reformas, motivadas, unas veces, por la necesidad de adaptar la legislación a nuevas realidades que han ido surgiendo, y otras, a partir de 1978, por la exigencia de dar cumplimiento a los mandatos de la Constitución Española. En concreto, ha de tenerse bien presente el encargo que contiene el artículo 42 de la misma cuando encomienda al Estado la misión de velar por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, a la que añade la obligación de orientar su política hacia su retorno. Facilitar la conservación y transmisión de la nacionalidad española es, sin duda, una forma eficaz de cumplir este mandato y éste es el principal objetivo de la presente Ley.

II

En este sentido, se ha introducido en el artículo 20 la posibilidad de que las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España puedan optar por la nacionalidad española sin límite de edad. De este modo, se da cumplida respuesta, por un lado, a la recomendación contenida en el informe publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el 27 de febrero de 1998, elaborado por la Subcomisión del Congreso de los Diputados, creada para el estudio de la situación de los españoles que residen en el extranjero y, por otro, a las reclamaciones que éstos han hecho llegar al Consejo de la Emigración pidiendo se superara el sistema de plazos preclusivos de opción establecidos sucesivamente por las Leyes 18/1990, 15/1993 y 29/1995.

En el mismo orden de cosas, se ha modificado el artículo 24 para establecer un sistema que permitiera al que se hallara en alguno de los supuestos contemplados en el apartado 1 de ese artículo, y antes de que se cumpliera el plazo establecido en el 2, impedir la pérdida que, de otra forma, se producía automáticamente al transcurrir el plazo establecido. En coherencia con todo ello, se ha reformado igualmente el artículo 25, del que además ha desaparecido el supuesto de pérdida de la nacionalidad como pena, al no contemplarse ya la misma en el Código Penal.

En esta misma línea, se ha suprimido del artículo 26 el requisito de renunciar a la nacionalidad anterior, puesto que el mismo suponía en la práctica un obstáculo insuperable para la recuperación de la nacionalidad española. De esta forma, se atiende a la exigencia contenida en el punto seis de la moción aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 18 de octubre de 2000, sobre medidas para mejorar, jurídica y económicamente, la situación de los emigrantes españoles.

Anexo legislativo: Ley 36/2002

III

Por otro lado, se ha considerado conveniente hacer en los textos vigentes las mejoras técnicas que la experiencia acumulada en la aplicación de los mismos, la actividad legislativa acaecida desde su aprobación o la jurisprudencia han hecho aconsejables y que tienen un desigual alcance.

Así, la modificación introducida en el artículo 22.3 tiene por objeto dejar sentado que la residencia, a efectos de servir de base para la adquisición de la nacionalidad española, ha de ser efectiva, resolviendo así las dudas acerca de cómo había de interpretarse la necesidad de que fuera legal y si ello comprendía o no la residencia física. Por otro lado, la reforma es acorde con los planteamientos de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1998, que concibe el requisito de residir como la prueba de que existe, en el ánimo del interesado, la voluntad de integrarse en la comunidad española.

También ha desaparecido del artículo 26.2 el requisito previo de la habilitación del Gobierno para la recuperación de la nacionalidad española cuando no se ha cumplido el servicio militar o la prestación civil sustitutoria.

La disposición adicional primera tiene por finalidad adecuar los procedimientos relativos a la nacionalidad española a la normativa de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, señalándose un plazo máximo de un año para la resolución de los expedientes, habida cuenta de la complejidad que entraña su tramitación y resolviéndose el silencio administrativo en sentido negativo, en consideración a los efectos perjudiciales que la solución contraria habría de tener.

Por último, la presente Ley se dicta al amparo de la competencia que en exclusiva corresponde al Estado conforme a la regla 2.^ª del artículo 149.1 de la Constitución Española.

Artículo único.—Los artículos 20, 22, 23, 24, 25 y 26 del Código Civil quedarán redactados de la forma siguiente:

“Artículo 20.—1. Tienen derecho a optar por la nacionalidad española:

- a) Las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español.
- b) Aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España.
- c) Las que se hallen comprendidas en el segundo apartado de los artículos 17 y 19.

2. La declaración de opción se formulará:

- a) Por el representante legal del optante, menor de catorce años o incapacitado. En este caso, la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor o incapaz.

Anexo legislativo: Ley 36/2002

b) Por el propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquél sea mayor de catorce años o cuando, aun estando incapacitado, así lo permita la sentencia de incapacitación.

c) Por el interesado, por sí solo, si está emancipado o es mayor de dieciocho años. La opción caducará a los veinte años de edad, pero si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, el plazo para optar se prolongará hasta que transcurran dos años desde la emancipación.

d) Por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad. Se exceptúa el caso en que haya caducado el derecho de opción conforme al párrafo c).

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el ejercicio del derecho de opción previsto en el apartado 1.b) de este artículo no estará sujeto a límite alguno de edad.”

“Artículo 22.–1. Para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años. Serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiado y dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes.

2. Bastará el tiempo de residencia de un año para:

a) El que haya nacido en territorio español.

b) El que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar.

c) El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud.

d) El que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho.

e) El viudo o viuda de española o español, si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho.

f) El nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles.

3. En todos los casos, la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición.

A los efectos de lo previsto en el párrafo d) del apartado anterior, se entenderá que tiene residencia legal en España el cónyuge que conviva con funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero.

4. El interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española.

Anexo legislativo: Ley 36/2002

5. La concesión o denegación de la nacionalidad por residencia deja a salvo la vía judicial contencioso-administrativa.

Artículo 23.–Son requisitos comunes para la validez de la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia:

- a) Que el mayor de catorce años y capaz para prestar una declaración por sí jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes.
- b) Que la misma persona declare que renuncia a su anterior nacionalidad. Quedan a salvo de este requisito los naturales de países mencionados en el apartado 1 del artículo 24.
- c) Que la adquisición se inscriba en el Registro Civil español.

Artículo 24.–1. Pierden la nacionalidad española los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieren atribuida antes de la emancipación. La pérdida se producirá una vez que transcurran tres años, a contar, respectivamente, desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación. No obstante, los interesados podrán evitar la pérdida si dentro del plazo indicado declaran su voluntad de conservar la nacionalidad española al encargado del Registro Civil.

La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen.

2. En todo caso, pierden la nacionalidad española los españoles emancipados que renuncien expresamente a ella, si tienen otra nacionalidad y residen habitualmente en el extranjero.
3. Los que habiendo nacido y residiendo en el extranjero ostenten la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, también nacidos en el extranjero, cuando las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad del mismo, perderán, en todo caso, la nacionalidad española si no declaran su voluntad de conservarla ante el encargado del Registro Civil en el plazo de tres años, a contar desde su mayoría de edad o emancipación.
4. No se pierde la nacionalidad española, en virtud de lo dispuesto en este precepto, si España se hallare en guerra.

Artículo 25.–1. Los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad:

- a) Cuando durante un período de tres años utilicen exclusivamente la nacionalidad a la que hubieran declarado renunciar al adquirir la nacionalidad española.
- b) Cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno.

Anexo legislativo: Ley 36/2002

2. La sentencia firme que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española produce la nulidad de tal adquisición, si bien no se derivarán de ella efectos perjudiciales para terceros de buena fe. La acción de nulidad deberá ejercitarse por el Ministerio Fiscal de oficio o en virtud de denuncia, dentro del plazo de quince años.

Artículo 26.-1. Quien haya perdido la nacionalidad española podrá recuperarla cumpliendo los siguientes requisitos:

a) Ser residente legal en España. Este requisito no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes. En los demás casos podrá ser dispensado por el Ministro de Justicia cuando concurran circunstancias excepcionales.

b) Declarar ante el encargado del Registro Civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española.

c) Inscribir la recuperación en el Registro Civil.

2. No podrán recuperar o adquirir, en su caso, la nacionalidad española sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno, los que se encuentren incurso en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo anterior.”

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—Las solicitudes de adquisición por residencia y de dispensa del requisito de residencia legal para recuperar la nacionalidad española habrán de ser resueltas en el plazo máximo de un año desde que hubieran tenido entrada en el órgano competente para resolver, transcurrido el cual, sin que hubiera recaído resolución expresa, habrán de entenderse desestimadas, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley de Registro Civil.

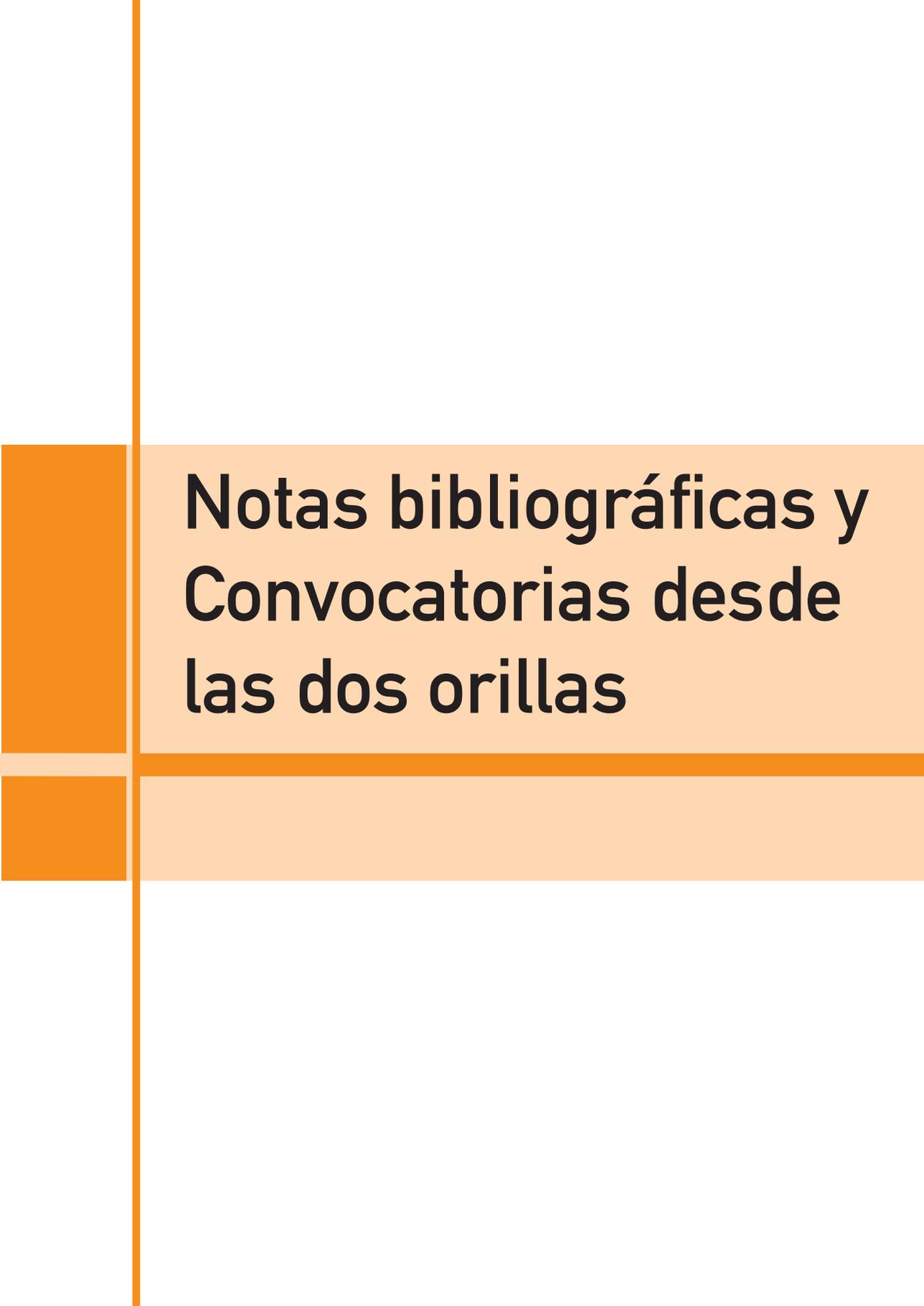
Segunda.—La causa de pérdida prevista en el artículo 24.3 del Código Civil sólo será de aplicación a quienes lleguen a la mayoría de edad o emancipación después de la entrada en vigor de la presente Ley.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Única.—Quedan derogadas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

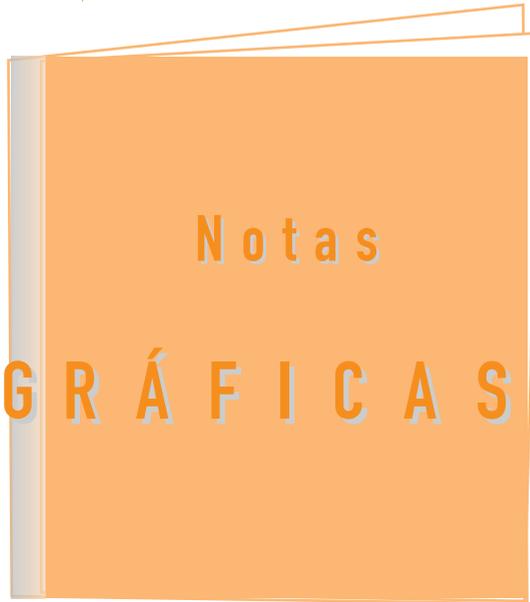
DISPOSICIÓN FINAL

Única.—La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

The image features a white background with a vertical orange line on the left side. A horizontal orange band crosses the page, containing the text. The text is in a bold, black, sans-serif font. The overall design is clean and modern.

Notas bibliográficas y Convocatorias desde las dos orillas

BIBLIOGRÁFICAS



ABIZANDA ESTABÉN, F. y PINOS QUÍLEZ, M. (coords.): *La inmigración en Aragón*, Seminario de Investigación para la Paz, Zaragoza, 2002, 248 p.

AGUELO NAVARRO, P.: "Notas urgentes sobre la LO 4/2000, en su redacción dada por la LO 8/2000", *Revista de extranjería*, nº 7, 2001, www.reicaz.es/extranjeria/revista.

– "Los derechos de los inmigrantes tras el 11 de septiembre", *Revista de extranjería*, nº 10, 2001, www.reicaz.es/extranjeria/revista.

– "Derechos humanos y legislación de extranjería", en *Inmigración y Derechos*, N. FERNÁNDEZ, M. CALVO (coord.), Zaragoza, octubre 2001, Mira Ed., pp. 215-233.

– "Reflexiones en torno al contingente 2002. Situación nacional de empleo y procedimiento", *Revista de extranjería*, nº 10, 2002, www.reicaz.es/extranjeria/revista.

– "Los derechos y libertades de los extranjeros en España: análisis crítico del marco jurídico español", 2002, en SIP: *Las migraciones, una realidad en España*, DGA, Zaragoza pp. 325-371.

– "El marco jurídico del Plan integral para la inmigración en Aragón", en el Informe F. ABIZANDA, M. PINOS (coord.): *La inmigración en Aragón*, 2002, Zaragoza, SIP.

AGUELO NAVARRO, P. Y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *I Curso de iniciación a la Práctica de Derecho de extranjería*, Valladolid, octubre 2001-mayo 2002, Lex Nova, 607 pp.

– *II Curso de iniciación a la Práctica de Derecho de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2002-2003 (en prensa).

– *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Valladolid, noviembre 2001, Lex Nova.

– "Historia cronológica de la desaparición del apartado 2 del art. 1 de la LO 4/2000", *Revista de extranjería*, nº 7, 2001, www.reicaz.es/extranjeria/revista.

– *La Ley de Extranjería. Addenda*, Valladolid, Lex Nova y Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, 2001.

– "Comentarios a los arts. 25 a 35", *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)* (coord. CAMPO CABAL, J.M.), Madrid, Civitas, 2001, pp. 183-265.

ALEMANY BRIZ, J.M^a: *La inmigración. Una realidad en España*, Comp., Zaragoza, 2002, Departamento de Cultura y Turismo de la DGA.

ALONSO PÉREZ, F.: "El concepto de refugiado en la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951. Doctrina jurisprudencial", *La Ley*, nº 5524, de 16 de abril de 2002, pp. 1-5.

Notas bibliográficas

- ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: “Los beneficiarios del derecho de asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería”, *Relaciones Laborales*, n° 4, 2001, pp. 11-44.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: “Algunas irregularidades detectadas en el Real Decreto 864/2001”, *Entre Culturas*, Boletín del Programa de Inmigrantes de Cáritas Española, n° 41, julio-septiembre 2001, pp. 7-11. Artículo reproducido en la página de extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, (<http://www.reicaz.es>).
- “Requisitos para acceder de forma regular al territorio español (Comentario al artículo 25 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)”, *Comentarios a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)* (dirección de J.L. MONEREO y C. MOLINA NAVARRETE), Granada, Comares, 2001, pp. 419-437.
 - “Expedición del visado (Comentario al artículo 27 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)”, *Comentarios a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001)* (dirección de J.L. MONEREO y C. MOLINA NAVARRETE), Granada, Comares, 2001, pp. 447-463.
 - “Doble nacionalidad y emigración: pasado, presente y futuro”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n° 28, 2001, pp. 149-183.
- ARAGÓN, M.: “¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería?”, *Claves de Razón Práctica*, 112/2001.
- AYALA MUÑOZ, J.M^a: *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, 2002.
- BALLESTER PASTOR, M^a A.: “Situación jurídico-laboral del trabajador extranjero tras la reforma de la Ley de Extranjería y la aprobación de su Reglamento (LO 8/2000 y RD 864/2001)” (Trabajo realizado en ejecución del proyecto de investigación y desarrollo financiado por la Generalitat Valenciana, GD-01-88), *Revista Justicia Laboral*, n° 8, Lex Nova, noviembre 2001.
- BARRERE, M.A.: “Derecho antidiscriminatorio y feminismo: entre el puzzle y la aporía”, Comunicación presentada en las *XVIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política*, Granada, 2001.
- BÁRTULO, T.: “106 inmigrantes españoles detenidos en Venezuela”, *Revista de extranjería*, n° 8, 2001, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
- BAUBÖCK, R.: “Recombinant citizenship”, en VV.AA.: *Inclusions and exclusions in European Societies*, London, 2001, Routledge.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.: *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Córdoba, Serv. Publ. Universidad de Córdoba y Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, 2001.
- BORJA, DOURTHE y PEUGEOT: *La ciudadanía europea*, Península, Barcelona, 2001.
- CABALLERO ROLDÁN, T.: “La salud de nuestra democracia”, *Revista de extranjería*, n° 7, 2001, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
- CÁMARA VILLAR, G.: “El derecho a la educación de los extranjeros en España (art. 9)”, *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: LO 4/2000 y LO 8/2000* (coord. MOYA ESCUDERO, M.), Granada, Comares, 2001, pp. 605-637.
- CAMPO CABAL, J.M.: “Comentarios a los arts. 50 a 66”, *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)* (coord. CAMPO CABAL, J.M.), Madrid, Civitas, 2001, pp. 351-492.
- CAMPOS RAMÍREZ, R.: “Comentarios a los arts. 15, 44 a 49”, *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)* (coord. CAMPO CABAL, J.M.), Madrid, Civitas, 2001, pp. 121-138, 317-350.

Notas bibliográficas

- CARNICER DÍEZ, C.: "Libertad de circulación y de desplazamiento", *Revista de extranjería*, n.º 9, 2001, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
- Comentario a la presentación de la obra *Normativa Comentada sobre Derecho de Extranjería*, Valladolid, noviembre 2001, Lex Nova.
- CHARRO BAENA, P.: "Comentarios a los arts. 36 a 43", *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)* (coord. CAMPO CABAL, J.M.), Madrid, Civitas, 2001, pp. 268-316.
- "Autorización para trabajar y permisos de trabajo (Lectura de una reforma inacabada)", *Social Mes a Mes*, n.º 61, marzo 2001, pp. 14-20.
- CHECA, F.: *Las migraciones a debate*, Barcelona, 2001, Icaria.
- CHICHARRO LÁZARO, A.: *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Aranzadi, 2002.
- CHUECA SANCHO, A.G.: "La Ley de Extranjería viola directamente cinco tratados internacionales que vinculan a España", *El Vuelo de Ícaro*, n.º 2-3, 2001-2002, pp. 237-248.
- "Aplicación de los tratados internacionales por las Comunidades Autónomas y Ley de Extranjería", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 20, 2002, pp. 321-345.
- "La intervención en Afganistán: Contra el Derecho", 2002, artículo en *Heraldo de Aragón*.
- "La defensa común de la Unión Europea o el mar de dudas", 2002, artículo en *Heraldo de Aragón*.
- "Migraciones masivas y Unión Europea", 2002, artículo de *Heraldo de Aragón* (reproducido en la página de extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, <http://www.reicaz.es>).
- "Los derechos humanos de los extranjeros en Europa: entre el respeto y la discriminación", 2002, en SIP: *Las migraciones, una realidad en España*, DGA, Zaragoza pp. 237-261.
- "Tratados internacionales, Comunidades Autónomas y Ley de Extranjería", en el Informe F. ABIZANDA, M. PINOS (coord.): *La inmigración en Aragón*, 2002, Zaragoza, SIP.
- "Inmigración masiva y Unión Europea: La cuestión de los fondos", *Revista de extranjería*, n.º 12, 2002, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
- CRiado, M^a J.: *La Línea quebrada: historias de vida de migrantes*, Madrid, CES, 2001.
- DELUCAS, J.: "Las propuestas sobre política de inmigración en Europa y la nueva Ley de Extranjería 4/2000 en España", en VV.AA. (COLOMER ed.): *Emigrantes y estabilidad en el mediterráneo*, Nomos/P y Coma, Valencia, 2001.
- "Sobre las condiciones de la ciudadanía inclusiva (el test del contrato de extranjería)", *Hermes*, 1/2001.
- "Ciudadanía y Unión Europea intercultural", *Anthropos*, 191/2001.
- *El vínculo social, entre ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- DELUCAS, J.; PEÑA, S. y SOLANES, A.: *Trabajadores migrantes*, Valencia, Germania, 2001.
- DELUCAS, J. y TORRES, F.: *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos?*, Madrid, 2002, Talasa.
- DEL CAMPO COLAS, C. y MORALES MADRIGAL, V.: *Ley de Extranjería*, Madrid, La Ley, 2001.
- DONAIRE VILLA, F.J.: *La Constitución y el acervo Schengen*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- DORADO NOGUERAS, F.M. y RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: "Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador", *Comentario sistemático a la Ley de extranjería: LO 4/2000 y LO 8/2000* (coord. MOYA ESCUDERO, M.), Granada, Comares, 2001, pp. 836-908.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: "La protección social de los inmigrantes extracomunitarios en la Ley Orgánica 4/2000 y en su Ley reformadora", *Social Mes a Mes*, n.º 61, marzo 2001, pp. 29-35.
- ESPADA RAMOS, M^a L.: "Residencia de apátridas, indocumentados y refugiados (art. 34)", *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: LO 4/2000 y LO 8/2000* (coord. MOYA ESCUDERO, M.), Granada, Comares, 2001, pp. 109-129.

Notas bibliográficas

- ESPIAGO, J.: *Migraciones exteriores*, Barcelona, 2001, Salvat.
- ESPINAR VICENTE, J.M^º: *Comentarios a la Nueva Ley de Extranjería*, Alcalá de Henares, 2001.
– “Algunas consideraciones en torno a la nueva Ley de Extranjería”, *Social Mes a Mes*, n^º 61, marzo 2001, pp. 8-13.
- ESPLUGUES MOTA, C. y DE LORENZO SEGRELLES, M.: *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “Situación jurídica y protección social de los niños extranjeros en España (art. 35)”, *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: LO 4/2000 y LO 8/2000* (coord. MOYA ESCUDERO, M.), Granada, Comares, 2001, pp. 131-154.
– “Art. 31. Situación de residencia temporal” en MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. (dir): *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Comares, Granada, 2001, pp. 487-502.
- ESTÉVEZ: “La Carta de derechos de la UE y la dimensión social de la ciudadanía europea”, *El vuelo de Ícaro*, 1/2001.
- FERNÁNDEZ SÁEZ, P.: “Comentarios a los arts. 23 y 24, 67 a 70 y disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales de la Ley Orgánica 8/2000”, *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)* (coord. CAMPO CABAL, J.M.), Madrid, Civitas, 2001, pp. 167-182, 493-530.
- FERNÁNDEZ SOLÁ, N. y CALVO GARCÍA, M. (coords): *Inmigración y derechos*, Zaragoza, 2001, Mira.
- FERRAJOLI: *El fundamento de los derechos fundamentales*, Madrid, 2001, Trotta.
- GARCÍA CATALÁN, J.M.: *Infracciones, sanciones y procedimiento en la Ley y el Reglamento de Extranjería*, Atelier, Barcelona 2002, 503 p.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: “Inmigración y derechos humanos”, *Social Mes a Mes*, n^º 61, marzo 2001, pp. 36-44.
- GÓMEZ MUÑOZ, J.: “El trabajo de los extranjeros en España: inflación normativa y déficit de derechos”, *Social Mes a Mes*, n^º 61, marzo 2001, pp. 21-28.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I. y ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M^º P.: *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, 2002.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, R.: “Régimen jurídico de la reagrupación familiar”, *Revista de extranjería*, n^º 11, 2002, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual de Procedimiento Administrativo*, Civitas, 2002.
- GONZALO QUIROGA, M.: “Discriminación racial y control de identificación policial: valoración de la raza como indicio de extranjería y de nacionalidad”, *La Ley*, n^º 5291, de 19 de abril de 2001, pp. 1-4.
- GUI MORI, T.: *Jurisprudencia constitucional íntegra 1981-2001*, 3 tomos + Cd-rom, Bosch, 2002.
- HEREDIA FERNÁNDEZ, S.: “La entrada en España (arts. 25, 26 y 27)”, *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: LO 4/2000 y LO 8/2000* (coord. MOYA ESCUDERO, M.), Granada, Comares, 2001, pp. 35-51.
- HUERTAS GONZÁLEZ, R.; ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D.; MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Y. y SANTOLAYA MACHETTI, P.: *Comentarios a la Ley de Extranjería*, 2^a edición, Lex Nova, Valladolid, febrero 2002.
- IBARRA, E.: “Inmigrantes, no delincuentes”, *Revista de extranjería*, n^º 11, 2002, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION: *Migration trends in Eastern Europe and Central Asia: 2001-2002 Review*, IOM, Ginebra, 2002, 204 p.

Notas bibliográficas

- JIMÉNEZ PIERNAS, C.: "El marco normativo internacional y comunitario de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social", *Social Mes a Mes*, nº 61, marzo 2001, pp. 1-7.
- KAYA, B.: *Une Europe en evolution: Les flux migratoires au 20ème siècle*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2002, 140 p.
- LARA AGUADO, A.: "Derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 20, 21, 22 y 65)", *Comentario sistemático a la Ley de extranjería: LO 4/2000 y LO 8/2000* (coord. MOYA ESCUDERO, M.), Granada, Comares, 2001, pp. 709-762.
- LÓPEZ LÓPEZ, J.: "Infracciones administrativas y extranjería", *Revista Justicia Laboral*, nº extraordinario, Lex Nova, 2001.
- LÓPEZ, S.; R'KIOVAC, O. y GÓMEZ MOVELLÁN, A.: "La Monja, la Ministra, Fátima y la pañoleta", *Revista de extranjería*, nº 11, 2002, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
- MAGALLÓN PORTOLÉS, C.: "Mujeres en las guerras, mujeres por la paz", en María ELÓSEGUI, M. Teresa GONZÁLEZ CORTÉS y Concha GAUDÓ (eds.): *El rostro de la violencia. Más allá del dolor de las mujeres*, Barcelona, 2002, Icaria, Sociedad y opinión, pp. 81-102.
- MARCHAL ESCALONA, N.: "Trabajadores transfronterizos (art. 43.1)", *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: LO 4/2000 y 8/2000* (coord. MOYA ESCUDERO, M.), Granada, Comares, 2001, pp. 339-348.
- "El permiso de trabajo en el marco de prestaciones transnacionales (art. 43.2)", *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: LO 4/2000 y LO 8/2000* (coord. MOYA ESCUDERO, M.), Granada, Comares, 2001, pp. 349-376.
- MARÍN LÓPEZ, A.: "El ámbito de aplicación personal de la Ley (arts. 1 y 2)", *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: LO 4/2000 y LO 8/2000* (coord. MOYA ESCUDERO, M.), Granada, Comares, 2001, pp. 3-32.
- MARTÍN VALDIVIA, S.M^a: *Formularios de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, 2002.
- MARTÍN VALVERDE, A.: "Aspectos laborales de la Ley (reformada) de extranjería", *Tribuna Social*, nº 126, 2001, pp. 9-19.
- MARTINIELLO, M.: *La nouvelle Europe migratoire. Pour une politique pro active de l'immigration*, Bruxeles, Labor, 2001.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid, 2001, Tecnos.
- MASSÓ GARROTE, M.F.: *Nuevo régimen de extranjería. Comentarios, procedimientos, formularios y modelos de la LO 4/2000 de Extranjería tras la reforma de la LO 8/2000*, Madrid, La Ley, 2001.
- MERCADER UGUINA, J.R.: "La protección social de los trabajadores extranjeros", ponencia III, *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santander, 8 y 9 de junio de 2001.
- MINISTERIO DEL INTERIOR, *Anuario Estadístico de Extranjería 2001*, Madrid, Delegación del Gobierno para la extranjería y la inmigración.
- MOLINA NAVARRETE, C.: "Las formas de tutela del estatuto jurídico de los trabajadores inmigrantes: avances y retrocesos", ponencia temática I, *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santander, 8 y 9 de junio de 2001.
- MORENO BLESA, L.: "Comentarios a los arts. 6 a 8, 11 y 16 a 19, y 22", *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)* (coord. CAMPO CABAL, J.M.), Madrid, Civitas, 2001, pp. 69-94, 103-121, 139-154, 160-166.

Notas bibliográficas

- MOYA ESCUDERO, M.: "Autorizaciones para la realización de actividades lucrativas (arts. 36.1 y 36.3)", *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: LO 4/2000 y LO 8/2000* (coord. MOYA ESCUDERO, M.), Granada, Comares, 2001, pp. 197-225.
- "Derecho a la reagrupación familiar (arts. 16, 17, 18 y 19)", *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: LO 4/2000 y LO 8/2000* (coord. MOYA ESCUDERO, M.), Granada, Comares, 2001, pp. 673-707.
- NYBERG-SORENSEN, N.; VAN HEAR, N.: y ENGBERG-PEDERSEN, P., *The Migration-Development Nexus: Evidence and Policy Options*, Organización Internacional para las Migraciones, Ginebra, julio 2002, 127 p.
- OLIVÁN LÓPEZ, F.: "La tutela efectiva y la posible erosión de las garantías constitucionales de los derechos de los extranjeros en el marco de la Ley 8/2000", *Revista de extranjería*, nº 8, 2001, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
- PAVÓN, A.: "Reagrupación familiar, vivienda, salud y condiciones laborales. Aproximaciones a un expediente X", *Revista de extranjería*, nº 8, 2001, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
- PÉREZ LUÑO: "Diez tesis sobre la titularidad de los derechos colectivos", texto presentado en el Seminario *Derechos Colectivos*, Universidad Carlos III, Madrid, 2001.
- PICO LORENZO, C.: "Nuestra errática normativa sobre extranjería. Especial referencia a las regularizaciones y al arraigo", *Jueces para la Democracia*, 43, marzo/2002, pp. 62-71.
- PONTE IGLESIAS, M^a T.: *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el Derecho internacional actual*, Santiago de Compostela, Tórculo, 2000.
- PUERTA VÍLCHEZ, J.M.: "La regularización de extranjeros" en MOYA ESCUDERO, M. (coord.): *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001, pp. 391-424.
- PURCALLA BONILLA, M.A.: "La regulación de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a través de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre", *Tribuna Social*, 2001, nº 122, pp. 42-59.
- RAMOS QUINTANA, M.I.: "El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica", ponencia II, *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santander, 8 y 9 de junio de 2001.
- RIGHUS WATCH, H.: "España: violación de los derechos de los inmigrantes en las Islas Canarias", *Revista de extranjería*, nº 11, 2002, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
- RODRIGO GAMERO, M^a C. y REBOLLO GONZÁLEZ, J.C.: "Ley 8/2000, ¿una ley para la integración de los inmigrantes?", *Revista de extranjería*, nº 10, 2001, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
- RODRÍGUEZ MONTANÉS, Y.: "Ley de Extranjería y Derecho Penal", *La Ley*, nº 5261, 6 de marzo de 2001, pp. 1-5.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M.: "El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios", ponencia general, *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santander, 8 y 9 de junio de 2001.
- RUBIO, A.: "Las medidas antidiscriminatorias: entre la igualdad y el control", en M. MOYA (coord): *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: LO 4/2000 y LO 8/2000*, Comares, Granada, 2001.
- RUEDA VALDIVIA, R.: "Régimen de los estudiantes extranjeros en España (art. 33)", *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: LO 4/2000 y LO 8/2000* (coord. MOYA ESCUDERO, M.), Granada, Comares, 2001, pp. 73-107.
- "Homologación de títulos y colegiación (art. 36.2)", *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: LO 4/2000 y LO 8/2000* (coord. MOYA ESCUDERO, M.), Granada, Comares, 2001, pp. 227-250.
- RUIZ DE HUIDOBRO, J.M^a: "El régimen legal de la inmigración en España: el continuo cambio", *Migraciones*, nº 9, 2001, pp. 69-103.

Notas bibliográficas

- SAGARRA I TRÍAS, E.: *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2002.
- “España y la Ley de Extranjería”, *Revista de extranjería*, nº 7, 2001, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
 - “La Ley de Extranjería y los Derechos Humanos”, *Revista de extranjería*, nº 7, 2001, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
 - “Ley de Extranjería: cuando el Defensor del Pueblo es Juez y Parte”, *Revista de extranjería*, nº 8, 2001, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
 - “Política de extranjería: sigue la política de parcheo”, *Revista de extranjería*, nº 8, 2001, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
 - “Un gran Pacto de Estado para la extranjería y la inmigración”, *Revista de extranjería*, nº 8, 2001, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
 - “La nueva legalidad en el marco del nuevo orden internacional”, *Revista de extranjería*, nº 9, 2001, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
 - “La Inmigración, Marruecos-España”, *Revista de extranjería*, nº 10, 2002, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
 - “Semana Santa 2002, inmigración, multiculturalidad: asumir la realidad”, *Revista de extranjería*, nº 11, 2002, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
- SÁNCHEZ LORENZO, S.: “El principio de libertad personal en el derecho internacional privado de la familia”, *RFDUG*, nº 4, 2001.
- SANTOLAYA MACHETTI, P.: “Los derechos fundamentales en la Ley de extranjería. Un balance de urgencia”, *Social Mes a Mes*, nº 61, marzo 2001, pp. 45-48.
- SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN PARA LA PAZ: *La inmigración, una realidad en España*, Gobierno de Aragón, Zaragoza 2002, 621 p.
- SENOVILLA HERNÁNDEZ, D.: “El Estatuto jurídico de los extranjeros gravemente enfermos en Francia y España”, *Revista de extranjería*, nº 9, 2001, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
- SOLÁNS PUYUELO, F.: “El régimen sancionador de extranjería tras la contrarreforma de la LO 8/2000”, *Revista de extranjería*, nº 7, 2001, www.reicaz.es/extranjeria/revista.
- SORENSEN, N.N., y OLWIG, K.F.: *Work and Migration: Life and Livelihoods in a Globalizing World*, Routledge, Londres 2002, 236 p.
- SUBIRATS, J.: “La (no) política de inmigración”, *El País*, 14 de febrero de 2002.
- TRINIDAD GARCÍA, M.L.: *Guía Jurídica de extranjería, asilo y ciudadanía de la Unión*, 4ª ed., Granada, Comares, 2001.
- “La prestación del trabajador migrante por cuenta propia (art. 37)”, *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: LO 4/2000 y LO 8/2000* (coord. MOYA ESCUDERO, M.), Granada, Comares, 2001, pp. 251-275.
- VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid 2002, 458 p.
- VV.AA.: *Comentarios a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)* (coord. CAMPO CABAL, J.M.), Madrid, Civitas, 2001.
- *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: LO 4/2000 y LO 8/2000* (coord. MOYA ESCUDERO, M.), Granada, Comares, 2001.
 - *Comentario a la Ley de Extranjería: LO 4/2000 y a su reglamento de ejecución* (coord. MONEREO PÉREZ, L.J. y MOLINA NAVARRETE, C.), Granada, Comares, 2001 (en prensa).
- WHITOL DEL WENDEN: *¿Abrir fronteras?*, Barcelona, 2000, Bellaterra.
- ZAPATA, R.: “¿De qué modo las instituciones públicas deberían acomodar a los inmigrantes? Un marco analítico para el análisis”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nº 20, 2002.

Notas bibliográficas

La inmigración en Aragón

F. ABIZANDA ESTABÉN
y M. PINOS QUÍLEZ (coords.)
Seminario de investigación para la paz
de Zaragoza (Julio 2002).

Por:

ÁNGEL G. CHUECA SANCHO
Universidad de Zaragoza. Director (con Pascual
AGUELO NAVARRO) del Título E-Learning de
Experto Jurídico en Migraciones Internacionales,
Extranjería y Personas en Movimiento
Transnacional.

En julio de 2002 se presentaba en las Cortes de Aragón el Informe titulado *La inmigración en Aragón*, elaborado por el SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN PARA LA PAZ de Zaragoza, dentro de un proyecto más amplio titulado *La inmigración vista desde España y Aragón*¹. El Informe, coordinado por Federico ABIZANDA ESTABÉN y Manuel PINOS QUÍLEZ, ofrece una serie de perspectivas de gran interés.

Desde el punto de vista material, el Informe se estructura en tres partes: La primera examina la

inmigración extranjera en Aragón, la segunda contiene unas reflexiones para la convivencia y la tercera aporta una guía de recursos.

La primera parte examina la inmigración extranjera y pretende un acercamiento a la realidad de los hombres y mujeres que llegan hasta Aragón, intentando de “esta tierra dura y salvaje hacer un hogar y un paisaje”, como recuerda Manuel PINOS. En ella no solamente se analiza el incremento de extranjeros en esta Comunidad Autónoma, sino también su situación legal y familiar, los motivos para emigrar, las redes de apoyo y, especialmente, el tipo de trabajo que realizan y sus relaciones con otras personas que viven en Aragón.

Además se dedica un apartado especial a los temporeros extranjeros, repasando su situación desde parámetros similares a los indicados. A ellos se añaden, obviamente, aspectos como las comarcas en las que trabajan los temporeros, el tipo de contrato con el que trabajan, salarios, equipamiento (más bien, ausencia de equipamiento) de las viviendas en las que ¿se alojan?, etcétera.

Esta primera parte nos da una radiografía del aquí y ahora de la inmigración en Aragón. Por su muy esmerada elaboración y su metodología, podría afirmarse que es una perfecta radiografía de la situación; pero aplicar el adjetivo de “perfecta” a la radiografía no significa aplicarlo a la situación de los inmigrantes en Aragón, personas de carne y hueso que padecen problemas de todo tipo.

La segunda parte contiene unas reflexiones para la convivencia. Las reflexiones de carácter general y las específicas han sido elaboradas conjuntamente por las Áreas de Migraciones de CCOO-Aragón y UGT-Aragón, Cáritas Diocesana, el Centro Obrero de Formación, la Fundación el Tranvía, la Fundación

(1) El Seminario de Investigación para la Paz publicaba en 2002 un volumen titulado *La Inmigración, una realidad en España*. El índice del volumen y del Informe ahora comentado puede verse en su página web: <http://www.seipaz.org/>.

Notas bibliográficas

San Ezequiel Moreno, el Movimiento contra la Intolerancia, SOS Racismo-Aragón y el Seminario de Investigación para la Paz.

Las reflexiones generales pretenden que se estructure una política de inmigración basada en la igualdad de derechos, no cimentada en la diferencia, la exclusión y la discriminación. Además debe ser una política también dirigida a las sociedades de acogida, transversal, desde la participación. Las propuestas específicas se centran en educación, empleo, empresarios y empresas, formación, sanidad y mujeres, entre otros aspectos.

Esta segunda parte incluye asimismo tres reflexiones teórico-prácticas: Una relativa al marco jurídico del Plan Integral para la Inmigración en Aragón (de Pascual AGUELO), otra referente a los tratados internacionales, las Comunidades Autónomas y la Ley de Extranjería (de quien esto escribe) y otra sobre la construcción mediática de determinados extranjeros en los medios de comunicación (de Carmen GALLEGO).

La tercera parte ofrece una guía de recursos de la inmigración en Aragón. Las diferentes organizaciones que trabajan en esta materia aportan datos como la identidad y los objetivos de las mismas, el número de colaboradores, el presupuesto y la financiación, principales actividades, proyectos ejecutados y personas atendidas.

Estamos ante una parte más breve que también ofrece una radiografía de la respuesta de la sociedad aragonesa a la inmigración. Claro que es una respuesta positiva, centrada en el respeto a los derechos de los inmigrantes. También en esta parte la radiografía puede considerarse perfecta, aunque la situación ciertamente tampoco pueda recibir ese calificativo.

Sin ninguna duda, la inmigración está enriqueciendo la vida aragonesa en todos los terrenos: Político, social, cultural, demográfico, etc. La inmi-

gración está pues universalizando Aragón, situándolo en el ámbito mundial para muchas personas que se acercan para vivir y trabajar aquí. Y ello sucede en una tierra tradicional de emigración, al menos en las seis primeras décadas del siglo xx.

El Informe brevemente analizado pone de manifiesto esta universalización; también saca a la luz los problemas y dificultades, las carencias, las limitaciones.

La conjugación de los datos sociológicos, las reflexiones y la guía de recursos resulta muy acertada. Por tanto, el Informe no solamente observa u otea el presente sino que pretende incidir en un futuro más respetuoso con los derechos humanos de los inmigrantes.



Por: **EDUARD SAGARRA I TRÍAS**
 Abogado. Profesor Titular Derecho Internacional Público
 Universidad de Barcelona.
 Miembro de la Subcomisión de Extranjería del Consejo Gral. de la Abogacía

Notas bibliográficas

En la sociedad globalizada del siglo XXI la extranjería, la inmigración y el asilo se han convertido en uno de los temas clave que, cualquier Estado o comunidad avanzada y sometida al Estado de Derecho, debe de afrontar e intentar solucionar. El autor hace una personal lectura sobre la legislación en materia de extranjería e inmigración en España en el año 2002, a partir de los postulados constitucionales y de aquellos de fuente internacional o comunitaria que son de aplicación y de obligada observancia en nuestro sistema jurídico.

Los temas objeto de examen y exposición han sido distribuidos en nueve grandes capítulos: Derechos y libertades públicas; Reagrupación familiar, cupos y contingentes; el derecho sancionador de extranjería: expulsiones, devolución e internamiento; Garantías y recursos etc.; cada uno de los cuales contiene unas conclusiones particulares o temáticas y que al final de la obra se cita la bibliografía utilizada.

La obra está pensada tanto para su uso o consulta profesional como académica, y especialmente dirigida a los juristas y no juristas preocupados y afectados –cada día en mayor número– de forma directa e indirectamente por las consecuencias de las políticas y las normas de extranjería e inmigración de ámbito estatal, autonómico o de la Unión Europea; abogados, jueces, magistrados, Administración y, evidentemente los extranjeros y, entre ellos, los inmigrantes.

El autor aúna a su dilatada experiencia docente e investigadora una práctica profesional en este ámbito de más de treinta años.

Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería

P. AGUELO NAVARRO, A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
y V. JUAN MILLÁN
Ed. Lex Nova
(1ª edición, noviembre 2001)

El libro recoge la vigente normativa sobre extranjería con anotaciones, referencias y comentarios. En especial, y a texto completo, la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, el nuevo reglamento de ejecución aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, el Real Decreto 766/1992, el plan GRECO (programa global de regulación y coordinación de la extranjería y la inmigración), así como los textos reformadores que contienen el régimen aplicable a los nacionales comunitarios y sus familiares.

En el anexo legislativo se incluyen referencias de normas que comprenden el marco universal, europeo e interno español.

Esta obra incorpora diversos comentarios a la actual legislación sobre extranjería, una completa bibliografía así como diversos formularios en todos los procedimientos vigentes en la materia. Esta monografía se complementa con un CD-ROM que contiene la legislación a texto completo y los formularios actualizados de fácil cumplimentación por el usuario.

Notas bibliográficas

II Curso de iniciación a la práctica de Derecho de Extranjería

Directores: P. AGUELO NAVARRO, y
A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
Valladolid, Lex Nova, 2002-2003

Adaptado al programa homologado por el Consejo General de la Abogacía Española.

Programa del Curso:

Estatutos de extranjería: derechos y libertades; Acceso a la nacionalidad española; Visados, entrada y situaciones de estancias y permanencias; Residencia no laboral. La reagrupación familiar; El permiso de trabajo; Régimen sancionador: infracciones y sanciones; Régimen sancionador: procedimientos sancionadores y recursos; Régimen jurídico de los ciudadanos de la Unión Europea.

Título e-learning de experto jurídico sobre migraciones internacionales, extranjería y personas en movimiento transnacional

Directores: P. AGUELO NAVARRO y
Á.G. CHUECA SANCHO

Título de postgrado reconocido en España por la Universidad Europea de Madrid-CEES, Homologado por el Consejo General de la Abogacía Española; Certificado de participación expedido por la University

of California y Título de diplomado reconocido en México por la Universidad Veracruzana.

Directores: Pascual Aguelo Navarro y Ángel G. Chueca Sancho.

Colaboran: Consejo General de la Abogacía Española, Universidad Europea de Madrid - CEES, Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, Ministerios de Justicia, Interior y Asuntos Exteriores, Gobierno de Aragón - Consejería de Economía, Fundación Telefónica, Caja Rural de Aragón, Universidad de Veracruz (México) - Instituto de Investigaciones Jurídicas, Hastings College of the Law University of California, Web de Extranjería del reicaz y Editorial Lex Nova.

Programa:

Módulo Introductorio: Introducción; Las migraciones en el mundo actual; Personas en movimiento: caminos de arraigo y desarraigo.

Módulo Primero: Migraciones Internacionales y movimiento transnacional de personas en las relaciones y el Derecho Internacional del s. XXI.

Módulo Segundo: Los movimientos migratorios internacionales, el Derecho de Extranjería y el Derecho de las gentes en movimiento.

Módulo 2B (USA): La entrada (admisión), la deportación, la entrada temporal, la entrada a largo plazo, la nacionalidad y la protección de personas bajo las Leyes de asilo y las Leyes en contra de la tortura.

Módulo 2C (MÉXICO): Marco jurídico, servicios migratorios, inmigrantes y políticas públicas.

Metodología E-Learning:

E-calendario; unidades-e; tutorías virtuales y área de recursos.

Más información ver en: www.extranjeria.info/curso

ORGANIZADO POR:
Subcomisión de Extranjería del CGAE y
el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante
Alicante, 9, 10, 11 de mayo de 2002

I Conclusiones del XII Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

SUMARIO

Conclusiones. A) Balance de un año: Marco europeo y español. a) Comisión Europea: Libro Verde. b) Presidencia Europea. c) El nuevo Derecho Judicial de extranjería. d) Adecuación de las estructuras colegiales y formación. e) Nacionalidad. B) Tratamiento de la irregularidad. a) Irregularidad y delincuencia. b) Igualdad en derechos. c) Arraigo. d) Asistencia letrada en frontera. e) Polizones. f) Asilo. g) Apátridas. C) Vías de acceso a la permanencia legal en España. a) Reagrupación familiar. b) Menores no acompañados. c) Régimen general laboral, contingente y acuerdos migratorios: El problema de la coexistencia del denominado procedimiento régimen general y contingente. D) Aspectos sancionadores. a) Multa y expulsión. b) El procedimiento preferente de expulsión. c) La defensa en el procedimiento preferente. d) Ejecutividad y suspensión. e) Pateras: respuesta administrativa. f) Competencia jurisdiccional. g) Medidas limitativas de libertad e internamiento. E) Organización del próximo encuentro.

CONCLUSIONES

El XII Encuentro Intercolegial de Responsables del Área de Extranjería, Abogados y Juristas especialistas, reunido en Alicante, bajo el patrocinio de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, ha debatido, durante los días 9, 10 y 11 de mayo, la problemática surgida en la aplicación y desarrollo de la nueva regulación de la normativa de extranjería y su repercusión en el ejercicio del derecho de defensa de los extranjeros en nuestro país, concluyendo:

Primero. Felicitar al Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante, en la persona de su Decano D. Mariano Caballero Caballero y de todo el grupo de compañeros del Colegio de Alicante; al personal del Colegio, y a todas las entidades colaboradoras, particularmente la Editorial Lex Nova, por la espléndida organización formal y material del Encuentro; y, en especial, al Consejo General de la Abogacía.

El Encuentro acuerda dirigirse a la Comisión Permanente del CGAE a fin de que traslade a las Juntas de Gobierno de los Colegios que han apoyado las Jornadas con la presencia de los responsables de sus Áreas de Extranjería, la felicitación y agradecimiento por el apoyo prestado al Encuentro.

Segundo. Dirigir a la Comisión Interministerial de Extranjería y Ministerios implicados las conclusiones de este Encuentro manifestando al mismo tiempo la voluntad de la Abogacía Española de concurrir, a través de su Consejo General –Subcomisión de Extranjería–, en la aplicación y desarrollo de la nueva legislación de extranjería, conscientes del imprescindible papel de la Abogacía en cuanto exclusiva responsable de la defensa técnica legal de los extranjeros.

A) Balance de un año: Marco europeo y español

a) Comisión Europea: Libro Verde

Se aprueba la creación de una Comisión de trabajo, en el seno de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, encargada de elaborar un Informe acerca del contenido del documento presentado por la Comisión Europea “Libro Verde relativo a una Política Comunitaria de retorno de los residentes ilegales” de fecha 10 de abril de 2002.

b) Presidencia Europea

La Presidencia española de la Unión Europea debiera suponer una nueva oportunidad para recuperar el camino emprendido en Tampere. Es preciso impulsar el desarrollo de unas políticas comunitarias inspiradas en la equiparación de derechos y tratamiento de la irregularidad en la perspectiva de la integración de los inmigrantes que se encuentran en suelo europeo.

Se deben entender la extranjería, la inmigración y la multiculturalidad como factores de progreso y de cambio. Siendo este un reto colectivo que tenemos que afrontar entre todos, incluida la Abogacía española.

c) El nuevo Derecho Judicial de extranjería

Manifestar la necesidad de participar activamente en el desarrollo del nuevo Derecho Judicial de extranjería que viene impuesto por la promulgación de las recientes normativas de extranjería, que en importante medida han venido a suponer un desencuentro con la jurisprudencia anterior de nuestros Tribunales.

En este sentido se destaca el decisivo papel que debe jugar la Abogacía en la creación de ese nuevo Derecho. A través del planteamiento e interposición de los correspondientes recursos jurisdiccionales, en el ejercicio de la defensa técnica legal, se posibilitarán las decisiones judiciales. Sin el concurso de la Abogacía no pueden existir procesos, ni por consiguiente jurisprudencia.

Parece necesario urgir la reflexión acerca de la nueva praxis que debe surgir como consecuencia de la actual regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa y más concretamente en el campo de las medidas cautelares positivas.

d) Adecuación de las estructuras colegiales y formación

Se constata la necesidad de adecuar las estructuras colegiales a las necesidades impuestas por el incremento del fenómeno migratorio en nuestro país.

Consideran que la formación-especialización de los Abogados, fundamentalmente de aquellos que prestan sus servicios profesionales en los Turnos y Servicios de Oficio de carácter público, es una tarea del Estado. En este sentido se estima urgente la consecución de los correspondientes Convenios de colaboración en materia de formación que corrija el actual estado de ausencia de financiación.

El Encuentro recomienda de cara al próximo encuentro incluir dentro de las Ponencias del mismo una de ellas que sirva de marco de discusión acerca de las estructuras organizativas colegiales en esta materia.

e) Nacionalidad

Se entiende como positivo el camino de reforma del Código Civil en materia de nacionalidad, pero muestran su preocupación por algunas limitaciones del alcance de la reforma, destacando:

- Se debió haber ampliado los beneficios de la opción a todos los hijos de españoles, independientemente que los ascendientes hubieren o no nacido en España.
- Se debió haber contemplado la reducción del plazo de residencia legal a 5 años en los supuestos de apátrida, en coherencia con el Convenio de Ginebra de 1954.

B) Tratamiento de la irregularidad

a) Irregularidad y delincuencia

Se debe evitar la vinculación entre irregularidad y delincuencia. La creciente presencia de extranjeros en situación de irregularidad exige la puesta en práctica de soluciones que den cumplimiento al principio pro integrador que inspiró la elaboración de la nueva normativa de extranjería, alejándose de una visión policial y represiva del fenómeno migratorio.

b) Igualdad en derechos

Hay que evitar los recortes de derechos y libertades de los inmigrantes y avanzar hacia el reconocimiento de la igualdad de derechos y trato. No solo se debe luchar contra la discriminación, hay que favorecer la igualdad.

c) Arraigo

El concepto de arraigo, y circunstancias excepcionales deberán ser completados teniendo en cuenta el anteriormente citado principio “pro integrador” con criterio generoso y flexible que facilite la normalización de los inmigrantes irregulares que decidieron vivir y trabajar en Europa.

d) Asistencia letrada en frontera

El XII Encuentro, como ya hiciera en el anterior Encuentro de León, quiere reiterar su felicitación por el trabajo realizado por los turnos y servicios de extranjería de los Colegios de Abogados con fronteras exteriores que permitieron implantar en el plazo más urgente los Servicios de Asistencia en frontera que han garantizado el ejercicio de la defensa efectiva de los extranjeros.

Motivo de especial atención del Encuentro han sido las actuaciones letradas en frontera, terrestres, marítimas y aeroportuarias. Ante la presencia creciente de inmigrantes en las zonas fronterizas españolas se constatan importantes dificultades y deficiencias materiales y técnicas en las que se desarrolla el trabajo profesional de los letrados que ejercen su trabajo en frontera.

Se aprueba, por ello, la elaboración por la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía de un Informe que contemple la problemática de la asistencia letrada en las fronteras exteriores españolas.

Asimismo, se da por recibido el Informe elaborado por el Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas que se adjuntará al Informe general.

e) Polizones

De conformidad con el criterio del Defensor del Pueblo, el XII Encuentro entiende que tan pronto se tenga conocimiento de la existencia de un polizón a bordo de un buque con independencia de que haya manifestado o no su intención de entrar en España o de solicitar asilo, deberá garantizarse la asistencia letrada tutelando así su derecho de asistencia jurídica gratuita contemplado en el art. 22 de la LO 4/2000.

f) Asilo

Se debe garantizar el Derecho de Asistencia Letrada reconocido en el art. 22 de la Ley Orgánica 8/2000, a todos los extranjeros que pretendan entrar en España a través de cualquier frontera o puesto fronterizo habilitado, independientemente de que deseen o no pedir asilo.

Y a tal efecto asegurar el inicio, tramitación, y conclusión del expediente que pueda llevar a la denegación de entrada, retorno y/o devolución con adopción de todas las garantías previstas en la LO 4/2000 y Reglamento de ejecución.

g) Apátridas

Se debe proceder a una reforma de la LO 4/2000 al objeto de hacer extensivo a los solicitantes de la condición de apátrida el mismo beneficio que se prevé para los solicitantes de asilo.

Se estima que en todo caso debería ofrecerse la oportunidad de instar el reexamen de las solicitudes cuando concurren nuevos datos, documentos o declaraciones que no pudieron aportarse en su momento.

Se considera que la concreta regulación reglamentaria de la revocación del estatuto de apátrida no protege suficientemente las más elementales garantías de seguridad jurídica y de audiencia del interesado.

C) Vías de acceso a la permanencia legal en España

a) Reagrupación familiar

Reitera que el éxito de cualquier política integradora pasa por una concepción amplia y generosa del derecho a la reagrupación familiar. En este sentido se considera preciso reforzar el reagrupamiento familiar como derecho de todos los miembros de la familia y no como mero instrumento de la política de inmigración conforme al contenido del Convenio de Roma.

Al supeditarse el derecho a la reagrupación familiar a un tiempo previo de residencia y a otros requisitos la institución familiar de los residentes extranjeros en España no cuenta con el nivel de protección que se otorga a las familias en nuestro Ordenamiento Jurídico. Esta desconsideración trae como consecuencia prácticas administrativas que frustran a diario multitud de reencontros familiares, lo que desemboca en multiplicidad de conflictos personales, cuando no desencadenan procesos de inadaptación y marginalidad.

Se constata la existencia de informaciones contradictorias en las páginas Web de los diferentes consulados españoles (se han examinado en concreto las de los Consulados españoles de Buenos Aires, Caracas, México DF y La Habana), que contienen una enumeración de requisitos que excede en algunos casos de forma abierta y flagrante el contenido de la LO 4/2000.

El nuevo Reglamento de Ejecución insiste en la pretensión de penalizar a los cónyuges, en el supuesto de matrimonios extranjeros y mixtos, con la irregularidad durante un año, pues sólo se concederá la exención de visado por matrimonio, es decir la normalidad residencial, una vez transcurra un año de convivencia irregular en España. Tal pretensión contraviene el tenor legal y constitucional, al menos en el caso de matrimonios mixtos celebrados por cónyuge español.

b) Menores no acompañados

La protección de estos menores ha de ser igual a ASUNCIÓN EFECTIVA DE LA TUTELA por parte de las Comunidades Autónomas correspondientes.

Conclusiones del XII Encuentro de abogados sobre Derecho de Extranjería

Se han de garantizar por todas las Administraciones públicas, por mandato legal, los siguientes derechos:

- Derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento que le afecte.
- Derecho a una identidad (nombres, apellidos, nacionalidad, etcétera).
- Interés del menor por encima de cualquier otro interés legítimo.

La llegada de un menor extranjero no acompañado a territorio nacional, ha de tener como respuesta única e inmediata por parte de la Comunidad Autónoma correspondiente la asunción de la tutela por parte de la citada entidad, sin usar por tanto distintas varas de medir en función de la nacionalidad de la que el menor manifieste ser originario.

Una vez que la prueba ósea haya determinado la minoría de edad deberá ser puesto inmediatamente a disposición de los servicios de protección de menores, con inmediata declaración de desamparo y comunicación inmediata a las Subdelegaciones de Gobierno de la correspondiente solicitud de estancia.

c) Régimen general laboral, contingente y acuerdos migratorios: El problema de la coexistencia del denominado procedimiento régimen general y contingente

Se considera que la voluntad del legislador es la de hacer coexistir diferentes procedimientos de regulación de los flujos migratorios, en este sentido se estima oportuno realizar las siguientes precisiones:

1. La posibilidad de realizar ofertas nominativas por parte de las empresas o empleadores debe coexistir con el contingente global al menos en los siguientes supuestos:

A) Que se trate de ofertas nominativas realizadas a trabajadores extranjeros que se hallen o residan en España (art. 39 de la LOEx).

B) Que no puedan ser cubiertas a través del contingente anual, bien porque el cupo en la provincia sea cero, o no se contemple la actividad empresarial (art. 65.10 y 11; art. 70.1.1 del RELOEx).

2. Las resoluciones denegatorias basadas en una mera indeterminada y genérica alegación de “situación nacional de empleo” deben ser recurridas por no tener en cuenta los criterios fijados en el art. 70.1.1 del RELOEx, es decir la capacitación para el desempeño de la profesión o puesto de trabajo, resultado de la gestión y en su caso el principio de reciprocidad (art. 70.1.1 del RELOEx).

De la misma manera deberán impugnarse aquellas resoluciones que no resuelvan motivadamente todas y cada una de las cuestiones planteadas en la solicitud inicial.

Convocatorias desde las dos orillas

I

3. Otras indicaciones:

A) Teniendo en cuenta que en los supuestos del art. 31.4 de la LOEx y art. 41.2 del RELOEx, Residencia Temporal por arraigo, la autorización para trabajar está excluida del contingente, se deberá estudiar la posibilidad en cada caso como paso preliminar para el acceso al trabajo sin la consideración de la situación nacional de empleo [arts. 31.4 de la LOEx; 41.2 y 71.1.i) del RELOEx].

B) En el caso de empleo doméstico, entendemos que el Gobierno debe tener en cuenta las recomendaciones del Defensor del Pueblo, y considerar el carácter de puesto de confianza inherente al régimen de interna. En estos supuestos, el derecho constitucional a la intimidad familiar del empleador debe ser protegido frente a un eventual criterio de protección del mercado laboral.

C) Asimismo, en aquellos casos en que exista un poder general extendido a favor del trabajador lógicamente debe poderse tramitar la oferta por el procedimiento general nominativo [art. 71.2.a) del RELOEx].

D) Aspectos sancionadores**a) Multa y expulsión**

El XII Encuentro, pese a considerar que la sanción tipo que instaura el nuevo régimen sancionador de extranjería es la sanción-multa, ha constatado que la práctica administrativa seguida hasta el momento invierte el criterio legal convirtiendo la expulsión en la sanción tipo y la multa en la excepción alternativa, contraviniendo el espíritu y letra del texto legislativo.

Entienden que en todo caso se deberá tener en cuenta el principio de proporcionalidad y examinar la justeza o no de la sustitución agravada de la sanción de multa por la expulsión.

b) El procedimiento preferente de expulsión

Se considera que el procedimiento de expulsión preferente tan sólo debería aplicarse a los supuestos infractores más graves garantizando el principio de proporcionalidad. Sin embargo, se constata una práctica administrativa que hace del procedimiento preferente la regla general, pretendiendo dejar al ordinario como procedimiento excepcional.

Se señala la importancia, dada la trascendencia de la elección de uno u otro procedimiento, de la motivación por parte del órgano instructor en la resolución decisiva de la elección del procedimiento.

c) La defensa en el procedimiento preferente

En el procedimiento preferente se deberá garantizar en todo caso el derecho de defensa, uno de cuyos elementos esenciales es el derecho a un procedimiento que permita una “defensa eficaz”.

Conclusiones del XII Encuentro de abogados sobre Derecho de Extranjería

Por ello, se deberá asegurar, desde el inicio mismo del procedimiento, el derecho a la asistencia letrada, así como el derecho de audiencia, de prueba y de tutela judicial efectiva.

d) Ejecutividad y suspensión

Cualquier procedimiento debe permitir el efectivo acceso de los extranjeros a los Tribunales de Justicia y la posibilidad de plantear la suspensión de los actos materiales de expulsión hasta la resolución cautelar que puedan adoptar los Tribunales.

Debe conciliarse la tensión entre la pretensión gubernativa de una inmediata ejecución y el derecho a la tutela judicial efectiva, que exige el sometimiento de tal decisión a los tribunales de Justicia.

e) Pateras: respuesta administrativa

Se estima que la respuesta administrativa para los supuestos de quienes son localizados penetrando en la península en pateras no puede ser otra que la medida de devolución del art. 58. Teniendo en cuenta que en estos supuestos la autoridad judicial deberá denegar los internamientos por ausencia de previsión legal en este caso.

f) Competencia jurisdiccional

Por otra parte, el XII Encuentro insiste en la necesidad de instar al Gobierno a tratar de dictar una norma que fije con precisión la competencia objetiva de los distintos órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en esta materia, para acabar con la actual y contradictoria situación en materia de competencia jurisdiccional.

g) Medidas limitativas de libertad e internamiento

Las medidas limitativas de libertad de los extranjeros extracomunitarios sometidos a procedimientos sancionadores, de dudosa constitucionalidad, deberá aplicarse de forma restrictiva y excepcionalmente cumpliendo el mandato de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

En cuanto al momento en que se puedan acordar dichas medidas la Ley limita ese momento al de la propuesta de expulsión, lo que el Derecho Administrativo define como acto final de la instrucción del expediente, que lo define como tal y propone la sanción de expulsión como elección frente a la sanción tipo de multa.

Sin embargo, el Reglamento pretende situar la posibilidad de detener, solicitar internamiento o acordar cualquier otra medida, al momento del inicio del expediente, cuando éste ni siquiera tiene capacidad para definir –siquiera como posibilidad– su finalización en la sanción máxima y más grave de expulsión.

Si concretamos en el internamiento, el mismo no debe presentarse, como hace el art. 102.7 como medida sistemática a adoptar en todos los casos de una determinada infracción, al presentar el

resto de las medidas como subsidiarias al mismo, pues la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establece precisamente la regulación contraria. Además, resulta clara la ilegalidad de que el Reglamento no recoja, como sí lo hace el RD 155/1996, la expresa imposibilidad de solicitar internamiento para los casos de devolución del art. 58.2.b), como se establece en el mismo artículo en su punto 5 *in fine*.

Por último, y dado que el Reglamento manifiesta la voluntad de recoger el conjunto de normas que hoy aparecen dispersas en materia de extranjería, sería necesario que también recogiera en su articulado lo que hoy se regula en la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999, sobre funcionamiento y régimen interno de los centros de internamiento, sobre todo en aquellos aspectos que, por establecer ciertos servicios necesarios para el debido cumplimiento de los derechos fundamentales de los internos no limitados por la medida de internamiento.

Por otra parte, se estima oportuno reflexionar acerca de posibles reformas legislativas que otorguen la competencia en materia de internamientos judiciales a los jueces de lo contencioso administrativo, en lugar de la que actualmente tienen los jueces de instrucción.

E) Organización del próximo encuentro

Finalmente acuerdan que el XIII Encuentro a celebrar el próximo año 2003 se organice, en los meses de mayo-junio, en la sede y bajo el patrocinio del Ilustre Colegio de Baleares.

Queda asimismo y formalmente aceptada la candidatura del Ilustre Colegio de Córdoba para la organización del XIV Encuentro Intercolegial.

Alicante, a 11 de mayo de 2002.

Comunicación sobre la procedencia de la expulsión en los supuestos de entrada en pateras

Lo primero que hemos de plantearnos es si la infracción del art. 53.a) se está refiriendo a una irregularidad sobrevenida, es decir, en los supuestos en los que la entrada fue legal, o si, por el contrario, también podemos aplicarla a los supuestos de irregularidades originarias, es decir, a quienes entraron de forma ilegal. Nos inclinamos más por la primera opción, ya que la infracción no es sólo encontrarse de forma irregular, sino estar irregular porque no se pudo obtener la prórroga de estancia, lo que conllevaría necesariamente el haber disfrutado de un periodo previo de estancia legal, o porque caducó hace más de tres meses, lo que llevaría a no poder sancionarse al extranjero al que le haya caducado la prórroga de estancia si no han transcurrido tres meses desde el fin de la misma, siendo también en este caso la entrada legal. Nos encontramos con el absurdo de que a pesar de que la situación de estancia no puede ir más allá de 90 días, prorrogable por otros 90 días, según el art. 30.4 de la LEx, la situación *de facto* de estancia no sancionable alcanzaría a otros tres meses desde el fin de esa prórroga, es decir, un máximo de 270 días, en el caso de entradas sin visados o 6 meses en el caso de entrada con visados, ya que no podrían existir prórrogas más allá de los tres meses, art. 30.3.

También sanciona este artículo al que no obtuvo la autorización de residencia, por lo que parece entenderse que debió entrar de forma regular. En este sentido se ha pronunciado el TSJ de Castilla-La Mancha, en Sentencia de 12 de febrero de 1998, el de Baleares en Sentencia de 10 de septiembre de 1998 y el de Las Palmas, Sentencia de 20 de enero de 1999. Así lo entiende el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, donde en su Sentencia de 21 de septiembre de 2001 en el *obiter dicta* del fundamento tercero manifiesta que “la entrada ilegal en territorio nacional o por puesto no habilitado legalmente como frontera no es incardinable en el supuesto de estancia ilegal que supone al menos una correcta entrada en el territorio que deviene posteriormente en aquella al no obtener los documentos necesarios para permanecer en el país, bien la prórroga de estancia o el permiso de residencia”.

Esta redacción era coherente con el anterior art. 49.d) de la LO 4/2000, en su redacción original, que tipificaba la entrada ilegal. Sin embargo al desaparecer esta infracción y mantenerse en la devolución, como luego veremos, la tentativa de entrada, se produce un vacío legal respecto a las entradas ilegales ya consumadas. El que entró ilegal en territorio español no comete la infracción que comentamos porque su irregularidad no se ha producido como consecuencia de no haber obtenido un permiso de residencia, como exige el precepto comentado, sino porque no cumplió los requisitos que para la entrada recoge el art. 25 de la LEx. Por ello, lo correcto hubiera sido mantener la infracción para las entradas irregulares o volver a incluir estos supuestos

Comunicación sobre la procedencia de la expulsión en los supuestos de entrada en pateras

II

dentro de la devolución, como hacía la Ley de 1985, en su art. 36.2. La Ley 8/2000 elimina, por el contrario, la infracción por entrada ilegal y sigue manteniendo la devolución para los que pretendan entrar sin conseguirlo, causando esta situación problemas en la aplicación tanto de la multa o expulsión como de la devolución. Otros autores, por el contrario, interpretan la desaparición del antiguo artículo 49.d) como interés del legislador de asimilar la entrada irregular allí recogida a la permanencia irregular del artículo comentado y además tienen el apoyo de otra jurisprudencia que así lo mantiene como la STS de 18 de octubre de 1993, cuando manifiesta que “si la entrada del extranjero fue ilegal, la estancia también lo sería”. En el mismo sentido el TSJ Andalucía, Sala de Málaga de 29 de noviembre de 1999 y del País Vasco de 2 de diciembre de 1999.

Una vez despejada la duda debemos plantearnos si quienes son localizados penetrando en la península en pateras pueden ser expulsados en vez de devueltos, sobre la base de permitirse el internamiento, que el art. 58.5 lo prohíbe para las devoluciones.

La respuesta desde nuestro punto de vista será absolutamente negativa, ya que la infracción realmente cometida es la de pretender entrar, contra la cual el art. 58 de la LEx reacciona mediante la devolución no la expulsión, por lo tanto no podemos pretender aplicar una u otra figura sobre la base de la comodidad de las fuerzas de seguridad, dependiendo que quien pretenda entrar sea marroquí, en cuyo caso se aplica la devolución, o subsahariano, en cuyo caso se aplica la expulsión, dada la imposibilidad de ejecutar el retorno en 72 horas. Esa actuación es manifiestamente ilegal y no debe confundirse a la autoridad judicial, que deberá comprobar si efectivamente es una expulsión o por el contrario nos encontramos ante una devolución, en cuyo caso deberá denegar el internamiento, como lo hizo la AP de Málaga en Auto nº 41 de 3 de marzo de 1997, poniendo en libertad a los integrantes de una patera a los que se les incoa expediente de expulsión por estancia ilegal.

Subcomisión de Extranjería del CGAE.
Madrid, 25 de julio de 2002

Ponente:

FRANCISCO SOLÁNS PUYUELO
Abogado. Vicepresidente 1º Sección de Extranjería
Ilustre Colegio de Abogados de Valencia

III

Respuesta de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española al Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales

SUMARIO

I. Reflexiones previas.

II. Respuestas a las cuestiones planteadas. A) Esta primera lista de DEFINICIONES ¿es satisfactoria? ¿Qué otras definiciones podrían añadirse? B) Fin de la residencia legal. a) ¿Se deben supeditar las decisiones de expulsión a unas condiciones previas más concretas y qué elementos deberían incluirse en estas condiciones? b) Además de los grupos antes mencionados, ¿qué otros grupos requieren una protección especial contra la expulsión y en qué forma? c) ¿A qué condiciones previas complementarias debería supeditarse la decisión de dar por terminada la residencia legal? d) ¿Qué motivos deberían justificar la renovación de un permiso de residencia? C) ¿Conviene fijar normas vinculantes sobre la detención? a) ¿Qué normas vinculantes sobre las condiciones legales previas y las condiciones de detención administrativa (internamiento) a la espera del traslado fuera del territorio deberían adoptarse a escala comunitaria? b) ¿Qué grupos no podrían ser mantenidos en detención administrativa o sólo podrían serlo en circunstancias excepcionales? c) ¿Qué normas deberían aplicarse en materia de alojamiento a los repatriados que se encuentran en detención administrativa (internamiento)? d) ¿Cuál debería ser la duración máxima de la detención administrativa? D) ¿Es necesario incluir una medida de salvaguardia final contra la devolución en una futura Directiva relativa a las normas mínimas aplicables a los procedimientos de retorno? a) ¿Qué normas deberían preverse en relación con el estado físico y mental de los repatriados? b) ¿Qué normas deberían definirse en relación con el recurso a medidas coercitivas o las competencias de los escoltas? c) ¿Sería necesario proceder a una evaluación común del traslado hacia algunos países en los que la situación existente obliga a un replanteamiento del mismo? E) ¿Debería establecerse un sistema global y vinculante de reconocimiento mutuo de las decisiones de retorno que vaya más allá de la Directiva 2001/40/CE? a) ¿Qué planteamientos asegurarían una solución justa para los posibles desequilibrios financieros que pueden resultar del reconocimiento mutuo de las decisiones de retorno? F) ¿Debe incorporarse en una propuesta futura un mecanismo sobre los procedimientos de retorno con vistas a probar la salida del repatriado y las normas sobre las consecuencias legales de las solicitudes de regreso a la Unión Europea? a) ¿Deberían definirse los requisitos previos para la inclusión en la lista del Sistema de información de Schengen de la denegación de entrada? ¿Qué categorías deberían cubrirse? G) ¿Debería establecerse un marco jurídico para la readmisión entre los Estados miembros relativo a todos los residentes sin regularizar? H) ¿Qué propuestas sobre los problemas de tránsito durante los procedimientos de retorno podrían considerarse? I) ¿Cómo podría mejorarse la cooperación operacional a nivel técnico? a) ¿Cómo podría mejorarse la base para la información sobre el retorno? b) ¿Cómo podrían mejorarse la

Respuesta de la Subcomisión de Extranjería del CGAE al Libro Verde

III

de los residentes ilegales indocumentados y la expedición de documentos de viaje para el retorno? ¿Qué elementos deberían incluirse en el futuro Sistema de identificación europeo de visado para asegurar la identificación de un residente ilegal indocumentado? c) ¿Podrían los Estados miembros ofrecer y proporcionarse ayuda mutua en la facilitación del retorno? d) ¿Cómo podría mejorarse el intercambio de las mejoras prácticas? ¿Debería desarrollarse la idea de formación conjunta en el ámbito del retorno? ¿Cómo podría aumentarse el intercambio de información sobre la operación concreta de retorno? J) ¿Se puede realizar una evaluación general de los programas de retorno existentes? ¿Garantizan los elementos antes mencionados una mejor puesta en práctica de los programas de retorno? ¿Qué otros elementos deben también mencionarse? a) ¿Es aconsejable la creación de un programa europeo independiente de retorno? b) ¿Debería tal programa cubrir el retorno voluntario y forzoso además de la ayuda a los terceros países en sus esfuerzos por enviar a las personas a sus países de origen? K) ¿Deben tomarse en consideración criterios adicionales para esta evaluación? a) ¿Cómo podría alcanzarse la complementariedad y la coherencia entre las diversas políticas comunitarias?

I. REFLEXIONES PREVIAS

La iniciativa que representa la publicación y la convocatoria pública de comentarios al Libro Verde resulta enormemente saludable, no sólo por lo que representa de apertura a la participación por parte de los mecanismos legislativos y de gobierno de la UE, sino muy especialmente en la materia de la que se ocupa el texto, tradicionalmente concebida como asunto de Estado y por tanto vetado a la participación de entidades no directamente vinculadas a las distintas administraciones públicas.

En ese sentido, era una responsabilidad ineludible por parte de los abogados especialmente dedicados al Derecho de Extranjería presentar nuestras reflexiones sobre el texto, así como intentar aportar nuestras respuestas al cuestionario planteado, a pesar de que nuestra reflexión, por nuestra posición claramente vinculada a los intereses privados, no nos permita afrontarla de una forma completa y exhaustiva, y hayamos debido relegar la respuesta a unas pocas cuestiones.

Como añadido, y antes de abordarlo desde una perspectiva más crítica, justo es que resaltemos algunas de las virtudes que en general presenta el texto, de forma general, en su contenido:

1. El planteamiento de una política de inmigración no desde una perspectiva de Justicia e Interior sino desde la perspectiva de una necesaria política exterior común era una reivindicación unánime de las fuerzas sociales implicadas en la materia, incluyendo a la abogacía.
2. Como indudable consecuencia de la anterior, la prioridad otorgada al retorno voluntario y la articulación de incentivos para éste, frente al tradicional uso y abuso de medidas represivas casi como único lenguaje supone la superación de una tendencia muy negativa que venía lastrando el debate.

3. La concepción del retorno, expulsión, traslado o devolución no como una exención de responsabilidad del Estado ejecutante respecto de la persona sobre la que recae la ejecución. Aquel, tanto durante la realización del proceso *como posteriormente a éste*, en sus consecuencias directas e inmediatas, sigue siendo responsable y debe ser capaz de evitar o prevenir eficazmente que la persona que un día estuvo bajo su custodia pueda sufrir, a consecuencia de ello, una vulneración grave de sus derechos esenciales.

4. El residente ilegal existe. El planteamiento, algo obvio, no lo es si se plantea desde la perspectiva política de algunos Estados de la Unión que han optado por una postura contraria, según la cual el residente ilegal es desde el punto de vista social, jurídico, como sujeto de derechos, como persona, sencillamente inexistente. Tan sólo carne de expulsión. No es este el momento de extendernos sobre lo enormemente erróneo de este planteamiento, sino tan sólo de saludar el hecho de que el Libro Verde no parta de esa perspectiva.

El prólogo plantea unas perspectivas (o “secciones” en una traducción no muy feliz de la que adolece todo el texto) adecuadas al objetivo general de analizar la cuestión de los retornos de inmigrantes ilegales. Sin embargo, debería añadir una séptima sección en cuanto a la necesidad de afrontar mejoras y reformas normativas, una perspectiva que resolvería por sí sola algunas de las cuestiones que se plantean en torno a tránsitos interiores: Toda la edificación de normas materiales y adjetivas comunes en materia de inmigración, en el marco de una política exterior común debe concluir en la consecución de la extensión progresiva del derecho a la libre circulación y establecimiento en todos los países de la UE de los residentes legales. Si bien el retorno de éstos queda excluido del estudio, la extensión de esos derechos debe ser un objetivo común de la política europea con una clara incidencia respecto a los inmigrantes irregulares, y en la línea marcada por la cumbre de Tampere, que reclama una mayor igualdad de derechos de los residentes legales con los nacionales de los países de la UE.

Los objetivos de los que parte el texto –asegurar una gestión más eficiente de los flujos migratorios desde el reconocimiento de que la política de inmigración cero ha sido un craso error que debe superarse– no han sido todavía apenas desarrollados por los Estados miembros. La política de asilo dista mucho de ser clara, definida y específica, permanentemente recelosa de que pueda ser utilizada fraudulentamente por “inmigrantes económicos” y ello lastra inevitablemente los planteamientos del texto sobre retorno de asilados o de solicitantes de asilo cuya solicitud haya sido rechazada.

Ya hemos comentado la atención e incluso prioridad dada al retorno voluntario y el planteamiento de incentivos parece apuntar incluso a que lo ideal sería una inversión de las cifras presentadas, en las que hoy por hoy se inclina la balanza radicalmente a favor de los retornos compulsivos. Ello sería el objetivo lógico marcado por la declaración de respeto a los derechos humanos que hace el documento, que en este tema, y lamentablemente, dista mucho de ser obvia. La palabra clave en ese terreno que como abogados defenderemos debe ser la “efectividad” de esos derechos, superando las meras declaraciones formales.

La cooperación internacional constructiva y efectiva debe ser uno de los pilares básicos de una política de inmigración común, pero debe de huirse de un planteamiento coactivo o clientelista de la misma. Su objetivo primordial es mejorar las condiciones de vida en los países de origen, lo que tendrá una repercusión en la disminución de la presión migratoria, y no a la inversa.

La progresiva asunción de la política de inmigración como política común de la Unión asumida ya en el Tratado de Ámsterdam y aún no desarrollada debe comenzar por una mayor cooperación de los Estados miembros en aras a una asunción directa y completa de competencias por parte de las estructuras de la Unión.

II. RESPUESTAS A LAS CUESTIONES PLANTEADAS

A) Esta primera lista de DEFINICIONES ¿es satisfactoria? ¿Qué otras definiciones podrían añadirse?

Es importante poner en común una nomenclatura que permita aclarar de qué se habla en cada caso. Apreciamos sin embargo algunas carencias en la propuesta:

El concepto de detención debe ser desdoblado de la siguiente manera:

– Detención: medida ejecutiva que supone la privación de libertad personal a efectos legales, en instalación vigilada, de carácter temporal y limitado hasta la puesta a disposición judicial de la persona.

– Internamiento: decisión judicial de prolongación de la privación de libertad de la persona, legalmente prevista y regulada, y en instalación vigilada, temporal y limitada, dirigida a facilitar la ejecución del retorno forzoso.

– Retención en frontera: fórmula de compulsión personal para la restitución de un *statu quo* jurídico consistente en impedir la entrada en un territorio, alojando físicamente al sujeto en dependencias vigiladas, y en donde se ve privado de la libertad deambulatoria en el territorio del Estado en el que pretende entrar, dirigida a facilitar la ejecución del retorno forzoso.

Asimismo no se plantea como concepto, y apenas se apunta en el texto, el “período de prohibición de reingreso”, que precisaría de una mayor y mejor definición. Ésta debe situarse en la perspectiva presente en las definiciones propuestas de diferenciar:

– Los retornos forzosos no como sanciones, sino como restitución compulsiva de un *statu quo* jurídico vulnerado, lo que debe llevar a minimizar las consecuencias gravosas sobre el así retornado, aunque nunca las garantías jurídicas en torno al proceso.

– Las expulsiones de residentes legales estas sí como sanciones, ya no restitución de estatus alguno, en las que primará el elemento sancionador y un plus de gravosidad.

B) Fin de la residencia legal

Aunque en este apartado no se plantea pregunta alguna, aportaremos la siguiente sugerencia:

Debe caber la adopción de medidas que permitan a una persona que concluya su residencia legal en un país de la UE optar por realizar una inmigración legal directamente desde el país en el que termina su residencia legal a otro país de la Unión, beneficiándose de las políticas de contingentes, preferencias en el acceso a permisos, etcétera.

a) ¿Se deben supeditar las decisiones de expulsión a unas condiciones previas más concretas y qué elementos deberían incluirse en estas condiciones?

En cuanto a las condiciones sustantivas:

– Debe considerarse desproporcionada la medida de retorno forzoso a todos aquellos que cumplen las condiciones necesarias para un acceso a la residencia legal, aunque no hayan articulado un expediente concreto para ello. El retorno forzoso sería en esos casos una medida extrema para la que deben plantearse alternativas ordinarias.

– Debe valorarse, en los casos de expulsión por representar la persona un peligro para el orden público, la alternativa de otro tipo de medidas más respetuosas con el derecho a la reinserción social, sobre todo en aquellos casos en los que exista un arraigo o inserción previa.

En cuanto a las condiciones adjetivas o de procedimiento debemos resaltar que la asistencia letrada y de intérpretes, efectiva y de calidad, debe figurar en todos los expedientes y en todo el expediente. Están en juego derechos enormemente importantes y a través de mecanismos en los que la asistencia y el asesoramiento profesional se hace imprescindible.

b) Además de los grupos antes mencionados, ¿qué otros grupos requieren una protección especial contra la expulsión y en qué forma?

La expulsión o el retorno forzoso no puede suponer el desentendimiento irresponsable respecto de la persona sobre la que recae la medida. Es necesario valorar las consecuencias que tendrá sobre esa persona el destino al que se le envíe. Ello supone que deben añadirse a esos grupos los siguientes:

– Miembros de países donde, no sólo por una persecución personal y concreta, sino incluso por una situación de conflicto, epidemia, etc., la expulsión podría ocasionar un peligro para su vida o integridad.

– La expulsión no puede ser una extradición encubierta sin garantías. Casos como el de Abdalah Ockalam deben evitarse. Asimismo debe valorarse cómo actuar en aquellos casos en que el país de destino

del retorno prevé como delito la inmigración ilegal y por tanto va a suponerle al retornado una condena penal o una sanción suplementaria. Debe evitarse la doble sanción también en esa perspectiva.

– Los menores en general deben ser un grupo especialmente protegido.

c) ¿A qué condiciones previas complementarias debería supeditarse la decisión de dar por terminada la residencia legal?

– Facilitar y promover la búsqueda de alternativas a la decisión de cese de una residencia legal. Por ejemplo, los requisitos de renovación de un permiso no deben ser rígidos, y las renovaciones mismas deben facilitar nuevas oportunidades que estén dentro del ámbito de responsabilidad del interesado.

– En cuanto a las condiciones de los procedimientos, además de insistir en la asistencia letrada también en éstos, debe facilitarse de forma efectiva y real un derecho de audiencia e información en los expedientes.

d) ¿Qué motivos deberían justificar la renovación de un permiso de residencia?

La residencia es una situación personal. Por lo que la decisión de extinción se debe remitir a causas de responsabilidad personal. La carencia de pasaporte o cambios en la nacionalidad o de estatus suelen estar sometidos o causados por circunstancias sobre las que el individuo no tiene ningún control, por lo que no debe acarrearle una consecuencia tan gravosa como la pérdida de su residencia. En los casos citados debe primar la flexibilidad y facilitar alternativas al extranjero.

C) ¿Conviene fijar normas vinculantes sobre la detención?

Por supuesto que sí. Tanto la detención como el internamiento o la retención en frontera (en la nomenclatura alternativa que proponemos) son limitaciones de un derecho fundamental y pilar de la identidad europea basada en esos derechos, por lo que una armonización en los instrumentos y mecanismos que permitan su limitación es absolutamente necesaria. Además, esas normas vinculantes deben regirse por el principio de *ultima ratio* y mínima intervención, en respeto a ese derecho fundamental.

a) ¿Qué normas vinculantes sobre las condiciones legales previas y las condiciones de detención administrativa (internamiento) a la espera del traslado fuera del territorio deberían adoptarse a escala comunitaria?

– Asistencia letrada y de intérprete profesional.

– Control jurisdiccional inmediato y efectivo, huyendo cuanto más mejor del concepto de detención por ilícitos administrativos, pero resaltando la diferencia de estos supuestos con las detenciones efectuadas en el marco de la política criminal.

– Normas que garanticen la instrumentalidad de la medida y la no aflictividad de la misma. La detención debe tener más las características de un alojamiento que no de una detención.

– Garantiza la instrumentalidad y los principios fijados el ofrecimiento de alternativas viables y a un tiempo garantes del fin que se persigue (fianza, localización, etc. siempre son preferibles a la privación de libertad) sin olvidar nunca la posible opción por un retorno voluntario, que debe poner fin a todo tipo de privación de libertad.

– Garantizar una información efectiva de las consecuencias del expediente, con el fin de evitar el desconocimiento de sanciones accesorias.

b) ¿Qué grupos no podrían ser mantenidos en detención administrativa o sólo podrían serlo en circunstancias excepcionales?

– Menores.

– Planteada la eficacia suspensiva de los recursos contra las “órdenes de traslado”, aquellos que planteen un recurso suspensivo hacen perder su instrumentalidad a la medida, por lo que no deben ser detenidos o deben ser puestos en libertad.

– Personas en situación de riesgo sanitario, ancianos, enfermos, etcétera.

– Los simples infractores administrativos no deben ser forzados a convivir con delincuentes habituales. En estos casos, deben combinarse y coordinarse las medidas de internamiento o detención con las de prisión: en aquellas ocasiones en que un delincuente esté preso, no tiene justificación –tanto por la razón anterior como para no alargar innecesariamente su privación de libertad– que se le someta después a una detención cautelar para su expulsión, si durante la prisión ha habido tiempo sobrante para prepararla y tramitarla.

– Otros, fruto de las leyes internas o de los tratados internacionales.

c) ¿Qué normas deberían aplicarse en materia de alojamiento a los repatriados que se encuentran en detención administrativa (internamiento)?

Los centros de internamiento no deben tener carácter de centro penitenciario, lo que desde nuestra experiencia no basta con enunciarse, sino que debe concretarse en normas específicas. Estas normas deben partir, como mínimo, a superar necesariamente las normas generales que se establecen en Derecho Penitenciario en los distintos países de la Unión, garantizando que el hecho de la temporalidad de la privación de libertad para retornos forzosos no sea excusa para reducir la calidad de vida de los internos durante la misma.

El cumplimiento de estas normas debe estar, además, fuertemente controlado por la autoridad jurisdiccional.

d) ¿Cuál debería ser la duración máxima de la detención administrativa?

Si bien en nuestro país ha desaparecido un esquema tan rígido como el que establecía que la privación de libertad máxima para una falta era un mes, de donde partía la mínima de un delito, ese sigue siendo un criterio comparativo válido. No debe permitirse que la detención instrumental o cautelar para la ejecución de una medida administrativa pueda superar nunca a la que se establece para un delito, aunque las condiciones de desarrollo puedan y deban ser diferentes.

Por otra parte, los Estados miembros deben ser conscientes de que las limitaciones presupuestarias o las prioridades políticas no deben ponerse por encima de los derechos fundamentales, como el que nos ocupa de la libertad individual, por lo que las insuficiencias de infraestructura o las incapacidades del sistema que articulen no deben redundar en prolongaciones de la detención, sino en su caso a la renuncia de ese instrumento.

Un período de un mes es tiempo más que suficiente para identificar a la persona, tramitar el expediente y las condiciones del traslado. Una mayor duración sólo puede ser atribuible a negligencia de los responsables administrativos.

D) ¿Es necesario incluir una medida de salvaguardia final contra la devolución en una futura Directiva relativa a las normas mínimas aplicables a los procedimientos de retorno?

Sí. Y sobre todo esa salvaguarda debe ser alegable y aplicable hasta el mismo momento de la ejecución de la orden de traslado, pese a la firmeza de la resolución, y con capacidad no sólo de suspender ésta sino de incluso provocar la revisión del expediente. Debe tenerse en cuenta que las órdenes de traslado (de expulsión en términos de la actual normativa española) tienen una larga pervivencia en el tiempo, más allá del momento en que se instruyó el expediente, tiempo en el que es posible el acaecimiento sobrevenido tanto de circunstancias que modifiquen sustancialmente el estatus jurídico del extranjero (v. g. matrimonio con un comunitario) como de circunstancias que hagan absolutamente desaconsejable desde el punto de vista humanitario la ejecución del retorno (v. g. catástrofes o conflictos bélicos en su país de origen).

a) ¿Qué normas deberían preverse en relación con el estado físico y mental de los repatriados?

En la medida en que el traslado es consecuencia de una sanción, el principio de responsabilidad obliga a que el extranjero sobre el que se ejecuta la misma sea responsable, y por tanto consciente. La extensión de los principios del Derecho Penal al Administrativo sancionador supone que la inimputabilidad por trastorno mental, ignorancia invencible o alteraciones de la percepción (art. 20.1, 2 y 3 del CP) alcanza a una irresponsabilidad administrativa y a la imposibilidad de someter a estas personas a un expediente sancionador de expulsión.

En la medida en que el traslado sea una mera recuperación –voluntaria o compulsiva– de un estatus jurídico vulnerado, razones humanitarias elementales nos obligarían a considerar la posibilidad de recibir o mantener por parte del sujeto en cuestión el tratamiento y las atencio-

nes necesarias y adecuadas a su dolencia, siendo que en caso de que en el país de origen al que vaya a ser trasladado no haya posibilidades de ello, deben plantearse, al menos temporalmente hasta una mejora o curación, otras alternativas al traslado.

b) ¿Qué normas deberían definirse en relación con el recurso a medidas coercitivas o las competencias de los escoltas?

De nuevo debemos acudir a la diferenciación entre el traslado como ejecución de una sanción y la mera recuperación de un estatus jurídico. Y aun en el primer caso, debemos atender la diferenciación entre la ejecución del traslado desde sanciones penales o condenas de los tribunales por delitos, o la mera sanción administrativa por motivos de esta exclusiva naturaleza.

Sólo en los casos de ejecución sobre aquellas personas en las que una conducta anterior demostrada violenta o atentatoria de derechos fundamentales justifique la adopción de medidas de seguridad limitativas de sus libertades éstas están justificadas. Estas medidas a su vez deben establecerse pensando no sólo en la seguridad frente a una posible huida y elusión de la orden, o la seguridad de los agentes que ejecuten la orden, sino también en la seguridad de los propios extranjeros y en su dignidad personal. Episodios como la muerte por asfixia de una ciudadana nigeriana durante un procedimiento de expulsión desde Bélgica por la utilización de “medios previstos adecuados” o como la expulsión desde España de un colectivo tras haberles administrado sin su consentimiento y oculto en bebidas fuertes sedantes no deben repetirse ni pueden permitirse desde una normativa que se diga europea, aunque sea a costa de una merma de la eficacia policial.

El resto de medidas no deben ni pueden establecerse *a priori* o como norma para todos los casos, más allá de una escolta y vigilancia mínimas. En los casos en que no medie sanción o la sanción sea de naturaleza meramente administrativa o por motivos que no suponen la vulneración de derechos personales (la ilegalidad de estancia o las irregularidades documentales) no debe permitirse ni promoverse un trato –bajo la excusa de motivos de seguridad– que está pensado para delincuentes violentos, a no ser que la conducta que manifiestamente presente el sujeto las hagan necesarias.

c) ¿Sería necesario proceder a una evaluación común del traslado hacia algunos países en los que la situación existente obliga a un replanteamiento del mismo?

La propuesta de establecer una lista temporal común, consultada con organismos independientes internacionales tales como ACNUR y la ONU (aunque no sólo éstos), resulta una medida adecuada. Sin embargo, no debe limitarse a una lista de países a los que nadie debería ser trasladado forzosamente, sino que en ella deben caber otro tipo de clasificaciones que discriminen colectivos de riesgo específicos respecto a determinados países.

E) ¿Debería establecerse un sistema global y vinculante de reconocimiento mutuo de las decisiones de retorno que vaya más allá de la Directiva 2001/40/CE?

La consecución de un mecanismo de reconocimiento mutuo de decisiones administrativas debe situarse sin embargo en el marco de una armonización previa de los supuestos o tipos en los que quepa aplicar tales sanciones y la gravedad de las medidas. Caso contrario, se incurriría en una regulación dudosamente adecuada a la Constitución española y a la de otros Estados de la Unión, dado que un Estado se obligaría a colaborar en la ejecución de sanciones que su propia legislación o en su territorio nunca permitiría o no prevé y con una gravedad muy superior. Los años de aplicación del Acuerdo de Schengen nos han dejado no pocas negativas experiencias en ese sentido.

a) ¿Qué planteamientos asegurarían una solución justa para los posibles desequilibrios financieros que pueden resultar del reconocimiento mutuo de las decisiones de retorno?

La solución financiera más adecuada es que, si progresivamente la política de control migratorio se ejerce respecto de criterios y normativa comunes, en el marco de una política exterior común de la UE, el coste de su aplicación debe correr a cargo de los presupuestos de la UE.

F) ¿Debe incorporarse en una propuesta futura un mecanismo sobre los procedimientos de retorno con vistas a probar la salida del repatriado y las normas sobre las consecuencias legales de las solicitudes de regreso a la Unión Europea?

La propuesta de que el retorno voluntario no pueda conllevar como consecuencia la posterior prohibición de entrada resulta de sentido común, y requisito mínimo si queremos hablar de “priorizar” el retorno voluntario, que demuestra una voluntad de colaboración y de cumplimiento de la Ley que debe borrar la residencia ilegal previa. No sólo eso, sino que un retorno voluntario debe ser un precedente favorable para un futuro regreso, en esas normas sobre consecuencias legales de las solicitudes de reingreso. Para la prueba del mismo cabe cualquier prueba válida en derecho, además de las propuestas, ninguna de manera exclusiva.

El principio de proporcionalidad y una concepción del retorno diferenciando entre restitución de *statu quo* jurídico y sanciones debe conllevar lógicamente que las restricciones de entrada se limiten únicamente a estas últimas, y no a las basadas en la mera necesidad de preservar un orden administrativo.

a) ¿Deberían definirse los requisitos previos para la inclusión en la lista del Sistema de información de Schengen de la denegación de entrada? ¿Qué categorías deberían cubrirse?

Ya hemos mencionado anteriormente cómo la aplicación del Acuerdo de Schengen ha conllevado una regulación en la que se obliga a un Estado a colaborar en la ejecución de sanciones que su propia legislación o en su territorio nunca permitiría o no prevé, y con una gravedad muy superior. Un principio clásico de la aplicación internacional del Derecho Penal –y por ende de cualquier derecho sancionador– es que un Estado no facilite a otro la aplicación de penas más allá de las que serían posibles en su territorio. Este principio se ha vulnerado contumazmente

en la aplicación de Schengen, con resultados indeseables en muchos casos, sin que las medidas de moderación previstas en el Acuerdo (art. 25) hayan funcionado eficazmente. La única posibilidad de evitar la prolongación de esta situación es la armonización de la normativa no sólo en cuanto a procedimientos, efectos y colaboración, sino también en su parte positiva o material, en la definición de tipos, y sobre todo en la definición de un tratamiento diferenciado por un lado de la inmigración ilegal y por otro de la inmigración delincencial, fenómenos radicalmente diferentes que requieren respuestas legales radicalmente diferentes.

G) ¿Debería establecerse un marco jurídico para la readmisión entre los Estados miembros relativo a todos los residentes sin regularizar?

La hipótesis de la pregunta parte de la existencia de un colectivo de inmigrantes ilegales que no sea trasladado a su país de origen –por cualquier motivo– pero permanezca en situación ilegal, razón por la que debiera ser en principio readmitido en el país que inicia el proceso. Resulta repugnante al Derecho que se prevea la perpetuación de este tipo de situaciones, y la solución no pasa tan sólo por la readmisión por parte de algún país de la Unión del ilegal que de ninguna manera puede ser trasladado o retornado, sino que deben ofrecerse soluciones más integradoras que concluyan en algún tipo de regularización, siquiera temporalmente y a la espera de que se pueda ejecutar el retorno, de la situación de estas personas.

H) ¿Qué propuestas sobre los problemas de tránsito durante los procedimientos de retorno podrían considerarse?

Respecto a los retornos voluntarios nos remitimos a la reflexión ya hecha sobre las dificultades de colaboración de un Estado en la ejecución de sanciones que su legislación no aprueba.

Respecto a la necesidad de facilitar lo más posible, mediante normas e instrumentos comunes, el tránsito para el retorno voluntario, las propuestas apuntadas por el documento son absolutamente necesarias.

I) ¿Cómo podría mejorarse la cooperación operacional a nivel técnico?

Omitimos contestación.

a) ¿Cómo podría mejorarse la base para la información sobre el retorno?

En la medida en que esos retornos voluntarios se articulen sobre la base de definiciones y normativa común, y sobre procedimientos claros y legalmente previstos, las posibilidades de incluir todas sus incidencias en registros centralizados –en el caso español la norma prevé un registro central de extranjeros (sección V, capítulo II del Reglamento) en el que bien podrían incluirse los retornos voluntarios sin que fueran a efectos de precedente negativo– y desde los mismos a una puesta en común de datos.

b) ¿Cómo podrían mejorarse la identificación de los residentes ilegales indocumentados y la expedición de documentos de viaje para el retorno? ¿Qué elementos deberían incluirse en el futuro Sistema de identificación europeo de visado para asegurar la identificación de un residente ilegal indocumentado?

Omitimos contestación

c) ¿Podrían los Estados miembros ofrecer y proporcionarse ayuda mutua en la facilitación del retorno?

La filosofía del documento prevé para un futuro no lejano una situación en la que –al contrario de la actual– el número de retornos voluntarios sea superior al número de expulsiones y traslados forzosos. En ese contexto parece lógico que los funcionarios de enlace transformen su mentalidad –y por qué no su propia adscripción orgánica– de represiva en facilitadora del retorno voluntario.

d) ¿Cómo podría mejorarse el intercambio de las mejoras prácticas? ¿Debería desarrollarse la idea de formación conjunta en el ámbito del retorno? ¿Cómo podría aumentarse el intercambio de información sobre la operación concreta de retorno?

La coordinación y formación conjunta son medidas obvias en aras a la eficacia de cualquier programa común. Sin embargo, cabe valorar, como apuntábamos antes, que en el marco de la nueva filosofía que se propone la responsabilidad de la gestión de estos programas deje de recaer en funcionarios policiales –que puedan así concentrarse en sus labores esenciales de persecución del delito– y se modifique sustancialmente la adscripción de los funcionarios encargados de estas tareas.

J) ¿Se puede realizar una evaluación general de los programas de retorno existentes? ¿Garantizan los elementos antes mencionados una mejor puesta en práctica de los programas de retorno? ¿Qué otros elementos deben también mencionarse?

La evaluación general de programas de retorno existentes debe partir de la existencia de esos programas de retorno voluntario. Sin embargo en algunos países la obsesión por considerar al ilegal un “inexistente legal” hace imposible la articulación de programas de retorno voluntario dirigidos a ellos, siendo los programas dirigidos a los residentes legales más programas de integración que de incentivación del retorno. Debe por tanto incluirse una fuerte recomendación para superar esa visión periclitada del fenómeno que permita articular y plantear seriamente estos programas.

a) ¿Es aconsejable la creación de un programa europeo independiente de retorno?

Aconsejable sí. Lo que tal vez no sea muy conveniente y operativo sea integrar en un mismo programa el retorno voluntario y el forzoso, dada la radical diferencia de medios, objetivos inmediatos, sujetos, etc. que se manejarían en uno y otro.

b) ¿Debería tal programa cubrir el retorno voluntario y forzoso además de la ayuda a los terceros países en sus esfuerzos por enviar a las personas a sus países de origen?

La ayuda a terceros países (el ejemplo más obvio serían los países del Magreb respecto a ciudadanos del África subsahariana) para que apliquen una política de retorno a ciudadanos de otros que pretenden entrar ilegalmente a la UE debería estar muy vigilada. No debe caerse en el mecanismo de “comprar” a terceros para que hagan el “trabajo sucio”, aunque sea por medios que jamás nos permitiríamos.

K) ¿Deben tomarse en consideración criterios adicionales para esta evaluación?

Sí, solo que criterios de tipo negativo también. Al mencionar las posibles listas de países a los que no cabría ejecutar retornos forzosos, se dice que se podría elaborar una consultando entidades internacionales (ACNUR, ONU, etc.) pero no se mencionan qué criterios guiarían la inclusión en esa lista, que deberían ser los siguientes:

- Nivel de estabilidad social y política del país y/o
- Respeto general a los Derechos Humanos por parte de su gobierno y/o
- Integración del país en la comunidad y relaciones internacionales.

a) ¿Cómo podría alcanzarse la complementariedad y la coherencia entre las diversas políticas comunitarias?

No es cierto que quepa ofrecer pocos beneficios a cambio de estos acuerdos. Si se desarrolla una política eficaz de retorno voluntario incentivado cualquier país ofrecerá facilidades al retorno forzoso de sus ciudadanos a cambio de prioridades efectivas en los programas de retorno voluntarios que supongan una expectativa de mejoras en su capacidad de desarrollo (FP, subvenciones a la creación de empresas, etc.). Esos son los **conceptos alternativos** y a la vez estrechamente conectados que deben incluirse en las negociaciones como contrapartida a las facilidades en el retorno forzoso. Con ello contestaríamos al tiempo a la última pregunta del cuestionario.

No podemos dejar de mencionar de nuevo que la línea coactiva propuesta por algunos países en la pasada cumbre de Sevilla, condicionando programas de cooperación a la firma de estos acuerdos de readmisión no es la vía adecuada. El abandono de la cooperación al desarrollo repercute evidentemente a medio plazo en un aumento de la presión migratoria.

RICHARD A. BOSWELL

Professor of Law and Director of the Center for International Justice and Human Rights at the University of California, Hastings College of the Law in San Francisco.

IV

Calamity of the Patriot

SUMARIO

An ugly chapter in the history of US racism is being re-opened. As the US entered World War II, US citizens of Japanese ancestry were rounded up and placed in so-called 'hospitality centers', internment camps, and permanent residents were either jailed or deported. This was done under the guise of national security and to 'protect' those being detained. After years of Japanese Americans demanding justice, Congress acknowledged that the forced detention of Japanese Americans had been illegal and reparations were ordered for victims of this terrible act.

The US is once again dancing with the same calamity in the global 'war against terrorism'. Since September 11, the Bush Administration with the cooperation of Congress has passed laws and policies that are undermining our Constitutional rights and liberties. Under the guise of collective security September 11 has been used to create an unseen enemy, the most dangerous and convenient kind, allowing federal law enforcement to make victims of many immigrants and refugees.

Soon after the tragic events of September 11, the Bush Administration dusted off a laundry list of proposals to enhance law enforcement powers that had been dreamed about by different branches of the federal government for years. The Congress and public, reeling from the attacks, wanted quick action. On October 25, with one vote in the Senate and 66 in the House dissenting, Congress hastily approved the so-called 'USA Patriot Act of 2001' and President Bush signed into law the next day. The Act supplemented 1996 laws that limited immigrants' access to the courts, countered foreign terrorists, and provided for the retroactive removal of immigrants for even minor offenses.

The Patriot Act takes these appalling impacts further. First, it simultaneously increases the Border Patrol and broadens the power of the INS and other government officials to deny admission or deport persons suspected of connections with or supporting proscribed organizations accused of terrorism. Second, it limits a person's ability to get her day in court to challenge the government's refusal to admit and to deport. Third, the new law provides indefinite incarceration of non-citizens suspected of terrorism. Finally, it removes the wall between 'foreign' and 'domestic' intelligence gathering. The Patriot Act accomplishes this by providing a very broad definition of terrorism and what constitutes supporting terrorists; and allows domestic law enforcement to do things that have only been permitted in overseas US spying. Domestic surveillance in the US will be subject to few restrictions, including secret searches of a suspect's premises.

Calamity of the patriot

IV

Past escalation of border enforcement such as Operation Gatekeeper forced migrants to cross at more isolated and treacherous locations resulting in more deaths. Limiting immigrants' access to the courts has also been tried since the first immigration laws of the early 20th Century. These attempts have rarely accomplished their larger objective resulting in a more haphazard and cumbersome judicial review for courts, which have yet to accept the complete stripping of the power of judicial review. Indefinite or long-term detention has also been tried and while the Supreme Court has condoned its use for arriving immigrants it has thus far refused to permit it to be used against persons captured in the US. Profiling has also had dubious success except perhaps in galvanizing opposition.

At the same time the Courts may act as a moderating influence. Last June the Supreme Court held in one case that indefinite detention could not be applied to immigrants captured within the US; in another case it refused to interpret a statute as retroactive or that it was stripped of jurisdiction. While there was language in the case that might allow for long-term detention of terrorists, the clear message was that the Court, at least last summer, would not play the role of the potted plant.

The US in this New Millennium has changed dramatically since World War II. We are significantly less isolated and a more diverse society. The US is a superpower with global economic, political and cultural ties. These are potent weapons against domestic fascism, scape-goating, and feat-mongering. All of us need to voice our opposition to these divisive and draconian measures. We must also educate each other about our rights and support challenges to this legislation. Coming together with the singular purpose of defending these cherished rights is the mark of a true patriot.

Chief Justice Earl Warren, after retiring, stated that one of the most regrettable decisions he ever made was when as Governor of California he ordered the internment of Japanese Americans. We can still avoid repeating such a terrible calamity, by not mistaking loyalty with background and patriotism with citizenship –and realizing that to preserve our liberties we must protect the rights of the minorities within our midst–.

JORNADAS SOBRE EXTRANJERÍA

CELEBRADAS (para más información: web de extranjería)

- ✓ Europa mediterránea. Políticas de inmigración.
30 de enero a 1 de febrero de 2002, Barcelona.
- ✓ Jornadas sobre extranjería, inmigración y derechos humanos.
8 a 10 de febrero de 2002, Granada.
- ✓ Foro del Trabajo, contratación y extranjería
21 de febrero de 2002, Madrid.
- ✓ Jornadas sobre la Ley de Extranjería y su reglamento.
27 y 28 de febrero de 2002, Las Palmas de Gran Canaria.
- ✓ Jornadas sobre Derecho de Extranjería.
14 y 15 de marzo de 2002, Palma de Mallorca.
- ✓ Curso sobre la nueva regulación del Derecho de Extranjería.
24 a 26 de abril de 2002, Bilbao.
- ✓ Jornada sobre Derecho de Extranjería.
30 de abril de 2002, Sevilla.
- ✓ XII Encuentro de abogados sobre Derecho de Extranjería.
9, 10 y 11 de mayo de 2002, Alicante.
- ✓ Derecho de Extranjería a comienzos del siglo XXI.
3 y 4 de octubre de 2002, Zaragoza.

Jornadas sobre Extranjería

| V

A CELEBRAR

- ✓ Curso de formación en migraciones, relaciones interétnicas y multiculturalismo.
20 de septiembre de 2002 al 1 de febrero de 2003, Universidad de Sevilla (Aula XIII de la Facultad de Derecho).
- ✓ La inmigración en la Unión Europea. Situación y perspectivas para Euskadi.
4 y 5 de noviembre de 2002, Consejo Vasco del movimiento europeo. Palacio Euskalduna (Bilbao).
- ✓ III Congreso de inmigración.
6 al 9 de noviembre de 2002, Granada.
- ✓ Seminario sobre flujos migratorios, política de integración e identidad.
11, 12, 13 y 14 de noviembre de 2002, Sabadell.
- ✓ Curso práctico de nacionalidad, extranjería e inmigración.
12 al 20 de noviembre de 2002, Alicante.
- ✓ E-comunicación en Salud y Asuntos sociales. Cómo llegar al público mediante las tecnologías de la información.
13 al 15 de noviembre de 2002, Barcelona.
- ✓ Seminario Internacional “Políticas Migratorias y Derechos Humanos: tendencias del nuevo siglo”.
28 y 29 de noviembre de 2002, Departamento de Estudios Sociales del Colegio de la Frontera Norte en Tijuana, Baja California, México.

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 número de otoño el 1 de octubre, el de primavera el 1 de febrero y el número de verano el 1 de junio, respectivamente.

NOTAS

NOTAS