

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Facultad de Derecho



Tesis de Doctorado

CIUDADANOS Y EXTRANJEROS

**LA ACCIÓN PÚBLICA DEL ESTADO ESPAÑOL
Y DE LA COMUNIDAD EUROPEA
ANTE LOS EXTRANJEROS**

MARIA CONCEPCIÓN APRELL LASAGABASTER

Málaga, 1992

UNIVERSIDAD DE MALAGA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PUBLICO.
DERECHO ADMINISTRATIVO.

MARIA CONCEPCION APRELL LASAGABASTER.

CIUDADANOS Y EXTRANJEROS
(LA ACCION PUBLICA DEL ESTADO ESPAÑOL Y DE LA COMUNIDAD
EUROPEA ANTE LOS EXTRANJEROS)

Tesis de Doctorado.

Director:
Prof. Dr. Angel Sánchez Blanco.
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de
Málaga.

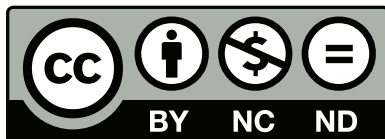
1992.



SPICUM
servicio de publicaciones

AUTOR: María Concepción Aprell Lasagabaster

EDITA: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga



Esta obra está sujeta a una licencia Creative Commons:
Reconocimiento - No comercial - SinObraDerivada (cc-by-nc-nd):

[Http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es](http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es)

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización
pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar,
transformar o hacer obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de
la Universidad de Málaga (RIUMA): riuma.uma.es



Ángel Sánchez Blanco
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Málaga

En mi condición de Director de la Tesis de Doctorado de la Licenciada en Derecho Doña María Concepción APRELL LASAGABASTER, titulada “CIUDADANOS Y EXTRANJEROS (LA ACCION PÚBLICA DEL ESTADO ESPAÑOL Y DE LA COMUNIDAD EUROPEA ANTE LOS EXTRANJEROS)”, informo a efectos de la tramitación, por la Comisión de Doctorado de la Universidad de Málaga, del expediente administrativo de admisión y nombramiento del Tribunal que ha de proceder al Acto de Lectura y Calificación.

En el trabajo de investigación elaborado por la Licenciada en Derecho Doña María Concepción APRELL LASAGABASTER concurren todos los requisitos requeridos para los trabajos de investigación que aspiran a la obtención del título de Doctor en Derecho. En la investigación realizada se aprecia la originalidad y oportunidad de un tema, basilar para los operadores jurídicos públicos y privados, como muestra la actividad legislativa de las Cortes Generales y de los Tribunales de Justicia en el específico ámbito de estudio; es apreciable en la investigación la correcta utilización de la metodología jurídica, con una exhaustiva y armónica consideración de las fuentes históricas, doctrinales, legislativas y jurisprudenciales, comprensiva de la normativa española y comunitaria europea; y son muy de apreciar las conclusiones que la investigación incorpora, con proyección aplicativa en el ámbito institucional y en el específico ámbito de la aplicación de los procedimientos de extranjería por los operadores jurídicos, públicos y privados.

Conforme a los datos expresados, quien suscribe, informa, de modo favorable, la tramitación, ante la Comisión de Doctorado de la Universidad de Málaga, de la Tesis de Doctorado de la Licenciada en Derecho Doña María Concepción APRELL LASAGABASTER, “CIUDADANOS Y EXTRANJEROS (LA ACCION PÚBLICA DEL ESTADO ESPAÑOL Y DE LA COMUNIDAD EUROPEA ANTE LOS EXTRANJEROS)”.

A los oportunos efectos, firmo en Málaga a 15 de octubre de 1992

Facultad de Derecho, Campus Universitario de Teatinos, 29071 Málaga
Tfnos: (34) 952132231 –952132324, Fax 952132338

SUMARIO

	Páginas
PREAMBULO	1
I.- INTRODUCCION	7
1º.- <u>Implicaciones conceptuales históricas e institucionales.</u>	7
A) -La contraposición entre nacionalidad y extranjería	13
B) -Vínculos de fidelidad de sangre y territorio, versus el estatuto internacional de extranjero.	23
1. Extranjeros al Reino.	24
2. Extranjeros a la Ciudad.	31
C) - Derechos personales, derechos familiares, derechos del Estado y tutela jurisdiccional.	42
2º.-<u>Colectivos diferenciados en la categoría conceptual genérica de extranjería.</u>	49
1. Agentes diplomáticos.	50
2. Empresarios extranjeros.	51
3. Ciudadanos de países calificados como amigos.	55
4. Nacionales de Estados Miembros de la CEE.	58
5. Extranjeros de paso y extranjeros residentes.	60
6. Refugiados.	62
3º.- <u>Colectivos diferenciados de extranjeros: sus consecuencias sobre la positivación del concepto de extranjero. La primacía de los derechos de la persona y de los derechos sociales sobre los individuales.</u>	75

II.-REGULACION DE LA CONDICION DE EXTRANJERO EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978.80

1º.-La tramitación parlamentaria del precepto constitucional que regula la condición de jurídica del extranjero en la Constitución Española de 1978.81

1. Enmiendas en trámite de Ponencia en el Congreso de los Diputados.81
2. Enmiendas en trámite de Comisión en el Congreso de los Diputados.84
3. Trámite parlamentario en el Pleno del Congreso de los Diputados.86
4. Trámite en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado.88
5. Trámite parlamentario en el Pleno del Senado.89
6. Intervención de la Comisión Mixta Congreso-Senado.89

2º.-La asimilación constitucional de los ciudadanos europeos postulada por el Proyecto de Tratado de la Unión Europea y la modificación del artículo 13 de la Constitución por consenso parlamentario.90

3º.-Implicaciones de la regulación jurídica del extranjero en la Constitución Española de 1978.91

III. -LA LEY DE EXTRANJERIA Y SU DESARROLLO NORMATIVO EN EL MARCO JURIDICO DE LA COMUNIDADES EUROPEAS.98

1º.-La Ley de Extranjería de 1985 y su desarrollo reglamentario.98

2º.-La normativa comunitaria sobre libertad de circulación, establecimiento y prestación de servicios de los nacionales comunitarios. El Acuerdo de Schengen de 1985 y su Convenio de aplicación de 1990.106

IV.-DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.116

1º.-La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de Derechos y Libertades.123

2º.-Los Derechos y Libertades de los extranjeros en el Título I de la Constitución. 129

- a) - Derecho de Igualdad ante la Ley. 130
- b) - Derecho a la libertad de residencia y de movimiento por el territorio y de salir del territorio del Estado. 142
- c) - Derecho de Petición individual y colectiva. 153
- d) - Los Derechos-Deberes de prestación militar y prestación civil. 157
- e) - El Derecho-Deber al trabajo. 158
- f) - EL Derecho a la vivienda. 162
- g) - El Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales. 163

3º.-Las limitaciones legales a los Derechos y Libertades de los extranjeros en la Ley de Extranjería. 170

- a) - La participación en los asuntos públicos. Distinción entre ámbito político y administrativo. Su desarrollo en el ámbito municipal. 171
- b) - El acceso a las funciones y cargos públicos. 199
- c) - La libertad de circulación y residencia de los extranjeros. 202
- d) - El Derecho de Reunión. 204
- e) - El Derecho de Asociación. 212
- f) - Derecho a la Educación, a la Libertad de Enseñanza y a la creación de Centros docentes. 218
- g) Derecho de afiliación a Sindicatos y Organizaciones profesionales y el Derecho a la Huelga. 223

4º.-La tutela efectiva por Jueces y Tribunales del ejercicio de los Derechos y Libertades por los extranjeros. 230

V.-REGIMEN JURIDICO DE LOS EXTRANJEROS: EL DETERMINISMO DE LA ENTRADA, PERMANENCIA Y SALIDA DE LOS EXTRANJEROS DE ESPAÑA. 235

1º.-La entrada de extranjeros en España. 235

- A) -**Marco normativo: Libertad de configuración estatal y su modulación por Convenios Internacionales y por el proceso de concertación policial de la Comunidad Europea.** 235
- B) -**Requisitos objetivos: De la previsión organizativa de los puestos fronterizos al espacio policial común de la Comunidad Europea.** 239

C) – Requisitos subjetivos.	262
1.- <u>Documentación identificativa: pasaporte, título de viaje, tarjeta de identificación.</u>	262
2.- <u>Visado.</u>	270
a) – Clases de visado.	284
1) Visado de estancia.	284
2) La armonización de la política de visados en la Comunidad Europea: El visado uniforme.	294
3) Visado de residencia.	300
b)- Especial referencia a los nacionales comunitarios.	308
3.- <u>Prohibición de entrada.</u>	309
4.- <u>Medios económicos suficientes.</u>	316
5.- <u>Controles sanitarios.</u>	323
D)– Entrada efectiva y paso de fronteras.	324
E) – Rechazo de extranjeros en frontera.	331
F) – Excepciones a las medidas de rechazo y salida obligatoria.	339
1.- <u>Excepciones motivadas por la documentación defectuosa o fuerza mayor.</u>	339
2.- <u>Especial consideración de los extranjeros asilados y refugiados.</u>	343
2º.- <u>La permanencia de extranjeros en España.</u>	355
A) – Permanencia de corta duración: Estancia.	355
B) – Permanencia de larga duración: Residencia.	367
1.- <u>La distinción entre residencia sin desarrollo de actividad lucrativa y residencia con actividad lucrativa.</u>	367
2.- <u>Residencia sin desarrollo de actividad lucrativa.</u>	369
a) – Permisos de residencia: Clases y requisitos.	369
b) – Solicitud e instrucción de los permisos de residencia.	372
c) – Resolución de las solicitudes de los permisos de residencia.	377
d) – Vigencia y supuestos de extinción de los permisos de residencia.	384
e) – Prórroga y renovación de los permisos de residencia.	386
f) – La Regrupación familiar como criterio determinante en el otorgamiento del permiso de residencia.	387

g) - Regímenes especiales de permisos de residencia.	393
1) Régimen aplicable a los estudiantes extranjeros: Tarjeta de Estudiantes.	393
2) Extranjeros indocumentados.	399
3.- <u>Residencia con desarrollo de actividad lucrativa</u>	402
a)- El cambio de coyuntura en la situación española. El tránsito de país de emigración a país de inmigración.	402
b) - Régimen de residencia y trabajo de los extranjeros en España.	403
1) La noción de trabajador extranjero.	403
2) El permiso unificado de residencia y trabajo: Régimen general y estatutos singulares.	405
3) El principio de igualdad en las condiciones laborales y salariales entre trabajadores extranjeros y españoles.	411
a.-La igualdad como resultado de la premisa de residencia legal.	411
b.-Los procedimientos de regularización de trabajadores como respuesta a situaciones de ilegalidad.	414
c.-La justificación procedimental e institucional del visado de estancia, demandado por el Acuerdo de Schengen, y los cupos de emigración.	427
d.-La necesaria alternativa institucional de la Comunidad Europea y de las Instituciones económicas internacionales a los problemas de desequilibrio socioeconómico generadores de la emigración.	429
4) Permisos de trabajo para extranjeros.	433
a.-Permisos de trabajo por cuenta ajena.	434
1. Clases de permisos por cuenta ajena.	434
2. Circunstancias preferentes para la obtención del permiso de trabajo.	437
a. Solicitud de concesión de los permisos unificados de residencia y trabajo por cuenta ajena. Instrucción y trámites.	448
b. Resolución del expediente de tramitación del permiso unificado de residencia y trabajo.	455
c. Incidencia de los Convenios de Doble Nacionalidad en la concesión de los permisos de trabajo.	464
d. Renovación de permisos.	466

b.-Permisos de trabajo por cuenta propia.	468
1.Solicitud de concesión y renovación de permisos unificados de residencia y trabajo por cuenta propia. instrucción y trámites.	469
2. Incidencia de Convenios Internacionales que reconocen validez académica y profesional a títulos académicos extranjeros.	474
3. Resolución del expediente de solicitud del permiso unificado de residencia y trabajo por cuenta propia.	490
4. Incidencia de Tratados y Convenios en la concesión de permisos de trabajo para actividades por cuenta propia.	493
c.- Permisos de trabajo para trabajadores fronterizos.	497
4.- <u>Identificación y Registro</u>	499
3º.- <u>Salida de extranjeros de España</u>	503
A) - Salida voluntaria	503
1.- <u>La prohibición de salida de extranjeros</u>	506
2.- <u>Autorizaciones judiciales de salida</u>	510
3.- <u>La salida obligatoria</u>	512
B) - Salida forzosa	514
1.- <u>La devolución de extranjeros</u>	514
2.- <u>La expulsión de extranjeros</u>	520
a) - La expulsión gubernativa.	524
1) Ambito subjetivo.	525.
2) Causas de expulsión de extranjeros del territorio español.	527
a) La expulsión por incurrir en el supuesto de "Encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fuera necesario".	528
b.) La expulsión por incurrir en el supuesto de "No haber obtenido el permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia válido".	531

c) La expulsión por incurrir en el supuesto de "Estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países".	536
d) La expulsión por incurrir en el supuesto de "Haber sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados".	543
e) La expulsión por el supuesto de "Incurrir en demora u ocultación dolosas o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior las circunstancias relativas a su situación, de acuerdo con el artículo 14".	546
f) La expulsión por incurrir en el supuesto de "Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la medicidad o realizar actividades ilegales".	547
g) Valoración de la Doctrina del Tribunal Supremo sobre las causas de expulsión de extranjeros.	553
3) Procedimiento de expulsión.	555
a.- La aplicación de la premisa constitucional de audiencia del interesado y la motivación de la resolución de expulsión.	555
b.- Procedimiento sumario de expulsión: la motivación de la propuesta de expulsión y el internamiento y su adecuación a las exigencias constitucionales.	558
c.- Procedimiento ordinario.	582
4) Duración y efectos de la expulsión del territorio nacional español.	585
5) Expulsión de extranjeros en situaciones en las que concurra declaración de Estados de Alarma, Excepción y Sitio.	586
6) Expulsión de extranjeros asilados y refugiados.	587
a.- Extranjeros asilados.	588
b.- Extranjeros refugiados.	589
b) - La expulsión judicial.	590
1) Autorización judicial para la expulsión.	590
2) Expulsión sustitutoria de la condena.	597

4º.- <u>Infracciones, Sanciones y Recursos.</u>	599
A) - Infracciones.	599
B) - Sanciones.	607
C) - Recursos: Derecho a la Defensa y garantías procedimentales.	623
1.- <u>Equiparación de nacionales y extranjeros en el Derecho a la Defensa ante los Organos Juridiccionales.</u>	623
2.- <u>Medios de defensa en contra de las resoluciones administrativas adoptadas en aplicación de la Ley de Extranjería. La problemática de la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas en aplicación de la Ley de Extranjería.</u>	631

VI.- REGIMEN JURIDICO DE ENTRADA Y PERMANENCIA DE LOS NACIONALES DE ESTADOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA.

1º.- Marco Jurídico Institucional.

A) - La Libre Circulación de Trabajadores.	655
1.- <u>Concepto Jurisprudencial del trabajador asalariado.</u>	658
2.- <u>Consideración del empleo en la Administración Pública.</u>	661
B) - El Derecho de Establecimiento y la Libre Prestación de Servicios.	669
C) - La situación singular de los profesionales liberales.	674
D) - Limitaciones al ejercicio de la Libre Circulación de Trabajadores, Derecho de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios.	683

2º.- Aplicación en España de las normas comunitarias sobre Libre Circulación de Trabajadores, Derecho de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios.

A) - La desigualdad en el acceso al trabajo prevista en el artículo 35 de la Constitución y el Principio de no discriminación.	687
B) - La ampliación del Derecho de residencia y sus	

consecuencias sobre el Principio de Libre Circulación de Personas.	688
C) - Ambito subjetivo de aplicación del Principio de Libre Circulación de Personas.	695
D) - Entrada y permanencia de nacionales comunitarios en España: Requisitos de procedimiento.	700
1.- <u>Entrada en España de nacionales comunitarios.</u>	700
2.- <u>Permanencia en España de nacionales comunitarios: Las Tarjetas de Residencia.</u>	702
a) Expedición y renovación de las Tarjetas de Residencia.	704
1. Circunstancias a acreditar para la permanencia y residencia en España realizando actividades lucrativas.	704
2. Circunstancias a acreditar para la permanencia y residencia en España sin ejercicio de actividad lucrativa.	706
3. Circunstancias a acreditar por los familiares de los nacionales comunitarios.	707
4. Trámite procedimental de las solicitudes de residencia. ...	708
b) Vigencia y renovación de Tarjetas de Residencia.	710
3.- <u>Límites y excepciones a la Libertad de circulación de las Personas.</u>	713
a) La condición de nacional comunitario y las excepciones de Orden Público, Seguridad Pública y Salud Pública.	713
b) Garantías procedimentales aplicables a las medidas de seguridad tomadas por razones de Orden Público, Seguridad Pública, y Salud Pública.	723
3ª.- <u>El "tertius genus" de la ciudadanía de la Unión Europea.</u>	734
VII.-REFLEXIONES FINALES Y PROPUESTAS SOBRE LA INTERRELACION CIUDADANIA -EXTRANJERIA.	738
Apéndice Jurisprudencial.	754
Bibliografía.	776
Abreviaturas más utilizadas.	820

PREAMBULO

La exposición de motivos de la reforma del Código Civil en materia de nacionalidad, Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sintetiza la problemática clásica que afecta a la condición de extranjero: "Las normas que regulan la nacionalidad son para cada Estado de una importancia capital, pues delimitan el elemento personal insustituible de aquel". Su trascendencia justifica exigir a estas normas "claridad y coherencia de criterios, de tal forma que la Administración pueda saber en todo momento quiénes son sus ciudadanos y que estos no se vean sorprendidos por la aplicación de preceptos oscuros y contradictorios".

Estos razonables criterios que tratan de establecer la correlación del ciudadano con su Estado, intermediada por las instituciones administrativas, van a ser objeto de una sensible alteración por efecto del Tratado de la Unión Europea. En el Artículo B, párrafo 3, del Título I, Disposiciones Comunes, del aún Proyecto de Tratado de la Unión Europea, se especifica entre los objetivos de la Unión: "reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión".

La "ciudadanía europea" supone alterar la correlación Estado español-ciudadano español y enriquecer el estatuto jurídico del ciudadano con las libertades de movimiento y de ejercicio de actividad u oficio en el conjunto de los países comunitarios, con incorporación del

ejercicio de derechos políticos; los ya materializados en el nivel de las elecciones parlamentarias europeas, más el posible ejercicio de derechos electorales a nivel de entidades locales por directo efecto de residencia. Se configura un marco jurídico que produce directas consecuencias en los conceptos y en las instituciones del Derecho administrativo. Este Derecho, en cuanto regulador de las relaciones entre los ciudadanos y las instituciones públicas articuladas para la satisfacción de los intereses colectivos de esos mismos ciudadanos, tiene que incorporar la alteración conceptual derivada del sufragio activo y pasivo de los ciudadanos en las elecciones municipales con substanciales alteraciones en las bases reguladoras del régimen local y con incidencia en el tenor literal del texto constitucional, cuya probada capacidad anticipatoria tiene, sin embargo, que asimilar, en el artículo 13.2, el sufragio pasivo en las elecciones municipales de los residentes de Estados miembros de la Comunidad Europea, obligando a la modificación de la redacción del precepto. La libertad de movimientos para personas, bienes y capitales entre los Estados miembros de la Comunidad Europea altera también su inicial referencia subjetiva en los españoles establecida en la redacción de los artículos 19 y 139 de la Constitución y obliga a la necesaria adecuación de las premisas que han regido las normas sectoriales reguladoras de la acción administrativa

La mutación puede ser el término que tiene la necesaria expresividad y grafismo para mostrar las consecuencias que el Tratado de la Unión Europea implica para el tradicional marco de relaciones jurídico público diseñados desde y para el limitado ámbito territorial de cada Estado, y tiene precisamente en la correlación ciudadano de la Unión Europea-extranjero a la Unión Europea, la referencia basilar que, en la fase emergente en la que se encuentran los actuales diseños de la Unión,

no permite aún prescindir de la referencia y de los efectos jurídicos vinculados a la nacionalidad de cada uno de los Estados miembros. Desde el mismo Proyecto de Tratado de la Unión Europea es fácil detectar los efectos de las complejas implicaciones que afectan a la configuración de la nacionalidad de cada Estado y de la misma nacionalidad europea

El mismo Artículo F del Proyecto en el punto consecutivo a la "creación de una ciudadanía de la Unión", establece también como objetivo de la Unión: "Desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior". Con ello se replantea el tema, clásico y actual, de los sistemas de seguridad, de las técnicas, en último extremo policiales, que tutelan la virtualidad de la ciudadanía de cada Estado y la ciudadanía de la Unión Europea.

Los nombres de Trevi y Schengen y los acuerdos institucionales adoptados en esta ciudad¹ por los representantes de los Estados y por los responsables de los Ministerios de Interior con una proyección territorial no siempre coincidente con el de los Estados Miembros de la Comunidad Europea, y con unas técnicas de acción policial que relativizan los límites fronterizos nacionales, son una referencia inmediata para sintetizar la problemática que afecta a la ciudadanía europea y de los Estados europeos. Son precisamente los problemas planteados desde el Ministerio de Interior los que han determinado la constitución de la Comisión Interministerial de Extranjería por Real Decreto 511/1992, de 14 de mayo, cuya presidencia se atribuye al Subsecretario del Ministerio del Interior y que por sí implica un significativo índice de la trascendencia adquirida por las cuestiones relativas a extranjería en el ámbito de la acción de Gobierno y en sus correlativos aspectos

¹ Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 y Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, realizado en esta ciudad el 19 de junio de 1990.

administrativos.

El atractivo de los Estados Europeos Integrados en la Unión Europea para todo el entorno de países que los circundan, hace que los más inquietos, dinámicos y creativos ciudadanos de estos menos afortunados Estados, tomen como atractiva referencia para resolver sus problemas personales y familiares a los países europeos y, muy en particular, a los Estados miembros de la Comunidad Europea, cuya dinámica, prioritariamente económica, ofrece los mayores niveles de evolución y de consecuente oferta de trabajo y los mayores niveles de coherencia institucional, incluida el respeto a los Derechos fundamentales de la persona.

El manifiesto atractivo emigratorio que caracteriza a los Estados de la Comunidad Europea, implica que la gestión administrativa de los asuntos relativos a la ciudadanía tengan que contrastarse con los relativos a la extranjería. Este método que la práctica administrativa impone en los asuntos de interior y, muy en particular, en relación con los supuestos de emigración económica o política -con frecuencia ambas interconexas- no es tampoco ajeno a la voluntad de los Estados por captar a los extranjeros desde la perspectiva económica de la explotación de los servicios o desde la problemática del fomento de inversiones extranjeras, dinámica que puede llegar a provocar el efecto de la segregación de los ciudadanos en relación con los extranjeros hacia cuya residencia temporal o permanente se orientan precisas líneas de acción administrativa.

La problemática expuesta que, de modo inicial, contrapone el estatuto de ciudadano a la condición de extranjero, pero que no excluye la relativización de las exigencias inherentes a la ciudadanía en virtud de coyunturas socioeconómicas o de exigencias impuestas por condicio-

nantes estructurales económicos, sociales e, incluso, políticos, estimo justifica el estudio que presento, que necesariamente integra lo que nuestro Tribunal Constitucional, en la reciente Declaración de 1 de julio de 1992², estima "viene a configurar una naciente ciudadanía europea que, sin abolir las distintas nacionalidades de los ciudadanos de los Estados signatarios del T.U.E. (tal como lo confirma la «declaración relativa a la nacionalidad de un Estado Miembro» incluida en el «Acta Final» de dicho Tratado), supone una parcial superación del tradicional binomio nacional/extranjero por la vía de la creación de aquel tercer status común"³.

Importante alternativa institucional que permite recordar siguiendo al Profesor GARCIA DE ENTERRIA que "Nadie ha acudido al marco europeo por altruismo o abundancia; todos, absolutamente todos, aunque ello sería más largo de explicar, hemos ido por necesidad rigurosa, por menesterosidad, y eso es, justamente lo que ha hecho de Europa un proyecto sólido y portador de esperanza. Esta nueva aventura europea se nutre, pues, de la creencia común en que va a suponer para todos y no sólo para nosotros, una verdadera elevación del nivel histórico, un crecimiento de grado en las posibilidades vitales de todos y cada uno de los ciudadano, un futuro de verdad nuevo y exaltante, desde el cual, por cierto, podemos atender con eficiencia acrecida nuestros deberes de solidaridad con el resto del mundo, para nosotros, especialmente, con el

² Elaborada a requerimiento del Gobierno de la Nación, en relación con la existencia o inexistencia de contradicción entre el artículo 13.2 de la Constitución Española y el artículo 8 B, apartado 1, del Tratado de la Comunidad Económica Europea, en la redacción que resulta del artículo G,B, 10 del Tratado de la Unión Europea.

³ Fto. Jco. 2º.A.1 de la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, Magistrado Ponente: Sr. GIMENO SENDRA (BOE 24 de julio de 1992).

mundo iberoamericano, del que también formamos parte inseparable"⁴.

En el trabajo que presento trato de apreciar las interconexiones entre ciudadanía y extranjería, y las claves de la acción pública ante esta interrelación que contribuye a unificar la condición de persona y los Derechos que le son inherentes.

Los valores de la persona, cuyo reconocimiento sintoniza con la progresiva superación de los límites de los Estados nacionales por una progresiva interrelación socioeconómica y cultural, no permiten ignorar los condicionantes que imponen los desequilibrios internos de los Estados y los desequilibrios entre los Estados, y reconduce al ámbito de gestión administrativa las respuestas que estos desequilibrios exigen, y sólo desde el análisis de la gestión pública de que son objeto, es posible llegar a precisar los efectivos contenidos del estatuto de ciudadano, nacional o comunitario, y de la condición de extranjero, todo ello en un marco, que, en los propios términos del Profesor GARCIA DE ENTERRIA, "Es un reto formidable, lleno de atractivo y de sugerencias en un momento en que en toda Europa, y no sólo en España, como a veces se piensa reina el escepticismo, el agnosticismo político, casi el nihilismo, y ello por agotamiento definitivo de nuestros respectivos proyectos nacionales, agotamiento político, agotamiento cultural, agotamiento estructural de una forma política, el Estado nacional, que ha cumplido ya varios siglos de vigencia absoluta"⁵.

⁴ E. GARCIA DE ENTERRIA: España y Europa, desde la especulación esencialista a la integración institucional", en La poesía de Borges y otros ensayos, Edit. Mondadori, Madrid 1992, p. 229.

⁵ Discurso del Doctor D. Eduardo García de Enterría en la Sesión Académica de Investidura como Doctor «Honoris Causa» por la Universidad de Valladolid, en Universidad de Valladolid: Doctorado «Honoris Causa» de los Excmos. Srs. D. José Girón Tena, D. Eduardo García de Enterría, D. Francisco Grande Covian, Valladolid 1992, p. 46.

I.- INTRODUCCION.-

1º.-Implicaciones conceptuales históricas e institucionales.-

Los textos históricos y las elaboraciones conceptuales clásicas¹ han identificado el concepto de extranjero desde la contraposición con la nacionalidad, de tal manera, que se considera extranjero a toda persona que no es nacional de un país determinado. Criterio negativo, que, en línea de continuidad, sigue manteniendo la mas reciente legislación², con la identificación de la doctrina³.

¹ Vid. J.ESCRICHE: Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, Madrid 1839, Tomo II, p.123.; ídem. tercera edición, Madrid 1874, Tomo I, p. 761; M. MARTINEZ ALCUBILLA: Diccionario de la Administración Española, Madrid 1869, Tomo VI, p. 758; ídem. Madrid 1878, Tomo IV, p 658; Enciclopedia Jurídica Española SEIX, Barcelona 1918, Tomo XV, p.564.

² Art. 1º del Decreto de 14 de febrero de 1974, sobre régimen de entrada permanencia y salida de extranjeros del territorio español, que señala: "Se considerarán extranjeros a efectos de este Decreto, los que no gocen de la condición de españoles, de acuerdo con los establecido en el Ordenamiento jurídico sobre la materia". El art. 1º de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, de 1 de julio de 1985, establece: "Se considerarán extranjeros, a efectos de aplicación de la presente Ley, a quienes carezcan de la nacionalidad española".

³ La doctrina suscribe, de modo unánime, el criterio normativo, vid. P. ABARCA JUNCO: "Nacionalidad y extranjería en la nueva Constitución" en Lecturas sobre la Constitución Española (dir. T.R. FERNANDEZ), T. II, Madrid 1978, p.364; E. PEREZ VERA: Derecho Internacional Privado. Parte Especial, Madrid 1980, p. 404; J. D. GONZALEZ CAMPOS, FERNANDEZ ROZAS, J.C. y R. RECONDO PORRUA: Derecho Internacional Privado, Parte Especial. Vol.1. Oviedo 1984 , p. 162; J.M. SERRANO ALBERCA: "Comentario al art. 13" en Comentarios a la Constitución (dir. F.

Esta definición negativa tiene la ventaja de ser concisa y pragmática y de eliminar toda duda sobre la determinación inicial del régimen jurídico aplicable y, si bien no permite contemplar la diversidad de situaciones que le son inherentes, dada la distinta naturaleza de las situaciones en que se encuentran los extranjeros⁴, si permite resaltar los dos elementos característicos presentes en la noción de extranjería: de un lado, "la relatividad de la situación, ya que la condición de extranjero se presenta con respecto a una particular comunidad política", y de otro, que "la extranjería supone una situación diferencial en orden al goce de derechos respecto a los nacionales de una determinada comunidad política"⁵.

GARRIDO FALLA), Madrid 1985, p. 215; A. MARIN LOPEZ: Derecho Internacional Privado Español. Parte Especial I. Nacionalidad y Extranjería, Granada 1986, p. 173 ; A. MIAJA DE LA MUELA: Derecho Internacional Privado II. Parte Especial, rev. por V. ABELLAN, Madrid 1987, p. 165, V. ESTRADA CARRILLO: Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería, Madrid 1989, p.31; R. FERRER PEÑA: Los Derechos de los extranjeros en España, Madrid 1989; M. RAMOS QUINTANA: El trabajo de los extranjeros en España, Madrid 1989; P.J. GONZALEZ-TREVIJANO SANCHEZ: Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España, Madrid, 1991, A. RODRIGUEZ CARRION: Lecciones de Derecho Internacional Público, Madrid 1991, p. 356 y E. SAGARRA I TRIAS: Los Derechos Fundamentales y las Libertades Pública de los extranjeros en España. Protección Juridiccional y Garantías, Barcelona, 1991. No se pronuncian explícitamente sobre esta dicotomía, pero operan con la implícita diferenciación del extranjero en relación al nacional .J. M. SOUVIRON MORENILLA: Notas para una Ley de Extranjería, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Documentación, Madrid, 1980; I. BORRAJO INIESTA: "El status constitucional de los extranjeros", en Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo Garcia de Enterría, II, De los Derechos y Deberes Fundamentales, Madrid 1991, pp. 697-767 y V. ESCUIN PALOP: Régimen Jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates (27), Madrid 1991.

⁴ Vid.R. FERRER PEÑA: Los Derechos de los extranjeros en España, cit., p. 21.

Esta nota de relatividad presente en la noción de extranjería obliga a cada Estado a delimitar quienes son extranjeros a su comunidad nacional. Para ello, actualmente, los criterios establecidos a efectos de identificar a los nacionales respecto de los extranjeros residen en determinar "los perfiles de la nacionalidad atendiendo, fundamentalmente, a la vinculación del individuo con un determinado Estado, mientras que al extranjero se le identifica como tal precisamente por su carencia de la nacionalidad de dicha comunidad"⁶.

Este criterio es también el adoptado por el legislador español que, adaptándolo al marco exclusivo del Estado español, define quienes son españoles⁷ y delimita la noción de extranjero basándose en la carencia de la nacionalidad española, tanto en la normativa inmediatamente anterior, el Decreto 522/1974, de 14 de febrero⁸, como en la actualmente vigente,

⁵ Vid J.GONZALEZ CAMPOS: Derecho Internacional Privado, Parte Especial, Vol.1, cit., p. 162-163, en el mismo sentido y muy influenciado por el Prof. GONZALEZ CAMPOS, P.J. GONZALEZ-TREVIJANO SANCHEZ: Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España, cit., p.158.

⁶ M. RAMOS QUINTANA: El trabajo de los extranjeros en España, cit., p. 22.

⁷ La Ley 18/1990, de 17 de diciembre sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad establece la nueva redacción del art. 17 que recoge quienes son las personas que tiene la nacionalidad española, "Son españoles de origen: a) los nacidos de padre o madre españoles; b) Los nacidos en España de padres extranjeros sí, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España; c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieran de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo la nacionalidad; y d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer sitio conocido de estancia es el territorio español".

la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España de 1 de julio de 1985⁹. Se abandona con ello, la técnica de tipificación para determinar quienes habrían de ser considerados como extranjeros, adoptada por el Real Decreto de Extranjería de 17 de noviembre de 1852, que mediante la utilización de la casuística delimitaba el concepto de extranjero en base a la fijación de supuestos concretos¹⁰, técnica que, si bien permitía definir, quienes eran los extranjeros, estaba expuesta a los vaivenes derivados de los cambios legales en materia de nacionalidad.

El distinto posicionamiento del extranjero frente al disfrute de derechos ha sido objeto de matizaciones por la Comunidad Internacional, que, a través de la doctrina jurisprudencial de los Tribunales Internacionales¹¹, y de los Instrumentos internacionales¹² dirigidos a la protec-

⁸ Art. 1º: "Se consideran extranjeros a efectos de este Decreto, los que no gocen de la condición de españoles de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico sobre la materia".

⁹ Art. 1º: "Se considera extranjero a los efectos de aplicación de la presente Ley, a quienes carezcan de la nacionalidad española".

¹⁰ M. RAMOS QUINTANA: El trabajo de los extranjeros en España, cit., p. 22. El art. 1º del Real Decreto de Extranjería de 17 de noviembre de 1852 establecía que eran extranjeros: 1º) Todas las personas nacidas de padres extranjeros fuera de los dominios de España; 2º) Los hijos de padre extranjero y madre española nacidos fuera de estos dominios, si no reclaman la nacionalidad de España; 3º) Los que han nacido en territorio español de padres extranjeros o de padre extranjero y madre española, si no hacen aquella reclamación; 4º) Los que han nacido fuera del territorio de España de padres que han perdido la nacionalidad española y 5º) La mujer española que contra matrimonio con extranjero.

¹¹ Así el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en Sentencia de 30 de agosto de 1924, asunto *Maurommatis* reconoce que Derecho al a Protección Diplomática, «...es un principio elemental de derecho Internacional, que todo Estado se halla autorizado a proteger a sus súbditos

ción a todo ser humano, se ha visto impulsada a considerar la extranjería como "una situación inherente a la persona humana y, mediante la afirmación de los principios de solidaridad internacional, al reconocimiento de la condición jurídica de los extranjeros dentro de unos límites determinados"¹³, que configuran el tratamiento básico conocido como "estandar mínimo internacional"¹⁴, reconocido, incluso, a los que no pueden por actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por otro Estado, del que aquellos no han podido obtener satisfacción por la vía ordinaria», en S. MUÑOZ MACHADO: "Protección Diplomática y jurisdicción contenciosa administrativa" en «REDA», nº 6 (1975), p.405.

¹² Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950; Convenio de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de Refugiados de 28 de julio de 1951 y su Protocolo de 31 de enero de 1967; Convenio relativo al Estatuto de los apátridas de 28 de septiembre de 1954; Convenio de la Organización de la Unión Africana, reguladora de los aspectos relativos a los problemas de los refugiados en África de 10 de septiembre de 1969.

¹³ Vid.R. FERRER PEÑA: Los Derechos de los extranjeros en España, cit., p.28.

¹⁴ El Prof. DIEZ DE VELASCO, incluye dentro del estandar mínimo los siguientes derechos: 1º) Protección de la vida e interés frente a la violencia; 2º) No detención arbitraria; 3º) No ser torturado ni sometido a tratamientos inhumanos; 4º) Tutela judicial y 5º) Ejercicio de los derechos básicos, entre los que se incluyen los admitidos como derechos de familia. Vid su obra: Instituciones de Derecho Internacional Público, Madrid 1982, p.379. Para E. PEREZ VERA este conjunto de Derechos destinados a respetar la integridad personal, los derechos fundamentales, así como la protección de los bienes, coincide ampliamente con los Derechos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Vid. su obra: Derecho Internacional Privado. Parte Especial, cit., p.108-109.

reclamar ningún tipo de protección diplomática como los apátridas y refugiados, de tal modo que el extranjero ya no es solo un "no nacional" sino una categoría jurídica protegida a nivel estatal¹⁵ e internacional.

El concepto de "estandar mínimo internacional" presenta el problema añadido de determinar "si existe un límite máximo en el otorgamiento de derechos a los extranjeros y, en su caso, si el tope vendría dado en función de un trato igual al de los nacionales, de forma que aquellos nunca pudieran sobrepasar el nivel de derechos concedido en cada Estado a sus ciudadanos"¹⁶. De entrada, la aspiración de todo extranjero es, efectivamente, a la igualdad de trato con los nacionales del Estado en el que se encuentre, no pudiendo pretender situarse en posición privilegiada, sin embargo esta situación sólo es válida con relación a Estados con una situación política basada en principios democráticos en los que se reconozca y protejan los derechos y libertades fundamentales de la persona, por el contrario, si el trato a los nacionales supone la negación de

¹⁵ En nuestro ordenamiento, el art. 13 de la Constitución de 1978, objeto de posterior análisis establece en su párrafo 1º "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley" y en su párrafo 2º " Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o por ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales". Este precepto coincide en sus planteamientos y en el ámbito de las escasas Constituciones que consideran la figura del extranjero, con el art. 15 de la Constitución Portuguesa de 1976, que no ha sido modificado por la reforma constitucional introducida por la Ley Constitucional 1/1982, de 30 de septiembre. En Italia, art. 10 de la Constitución Italiana de 1947, establece que "la condición jurídica del extranjero se regulará por ley de conformidad con las normas y los tratados internacionales".

¹⁶ Vid.R. FERRER PEÑA: Los Derechos de los extranjeros en España, cit., pp.28 y 29.

derechos fundamentales tan importantes como las libertades físicas, la seguridad jurídica o la tutela judicial, parece evidente que no puede aceptarse, al menos por principio la equiparación, porque en este caso, la equiparación no operaría como límite máximo sino, que se situaría de modo claro por debajo del "estandar mínimo internacional"¹⁷. El problema de los límites es, por lo tanto, relativo y está en función básicamente de la aceptación o no por parte del Estado en donde se encuentre el extranjero del sistema de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas.

En la actual situación subyace un proceso evolutivo en el que se aprecian tres áreas temáticas cuya dinámica e interacción contribuyen a delimitar el concepto de extranjero: la primera hace referencia a la relación existente entre nacionalidad, condición de extranjero y ciudadanía; la segunda referida a la interrelación de vínculos de sangre y de territorio en el nacimiento y consolidación de la nacionalidad por contraposición a la extranjería y, la última, que hace referencia a la relación e interacción entre derechos personales, derechos familiares y exigencias institucionales del Estado.

A) - La contraposición entre nacionalidad y extranjería.

Tiene su origen jurídico en la distinción que incorporó el Derecho Romano entre "status civitatis" en virtud del cual el cives se diferenciaba del peregrini, pudiendo considerarse el actual concepto de nacionalidad como el status civitatis romano, aunque a este "status" solo se le puede considerar como una cualidad de la persona otorgada por el Ordenamiento del Estado u

¹⁷ Vid. A. MIAJA DE LA MUELA: Derecho Internacional Privado, Parte especial, cit., p. 170 y ss.

organización política, de tal modo que la nacionalidad, en el concepto actual, "es el vínculo entre una persona y una organización política, productora de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos recíprocos".¹⁸

Entendida la nacionalidad como vínculo aparecen dos titulares del mismo, por un lado, la organización política, y por otro, la persona, planteándose las cuestiones relativas a que clase de organizaciones y de personas se pueden vincular por este lazo.

Entre las organizaciones políticas la única capaz de tener nacionales, strictu sensu, es el Estado, aunque se perfila una línea de tendencia por la cual las Organizaciones supranacionales decantan un estatuto jurídico de los nacionales de los Estados Miembros que supone el progresivo perfil de una nacionalidad que, de modo paulatino, relativiza las nacionalidades preexistentes y avoca a la concreción de un nuevo estatuto de nacional¹⁹.

¹⁸ Cfr. A.MIAJA DE LA MUELA: Derecho Internacional Privado, Parte Especial.Tomo II, cit., p.7.

¹⁹ Tendencia, que ha cristalizado de modo positivo tras la Cumbre del Consejo Europeo de Maastricht, con la firma del Proyecto de Tratado de la Unión Europea, el 7 de febrero de 1992, en el que se reconoce la ciudadanía de la Unión, como una ciudadanía común a los nacionales de los Estados Miembros de la CEE, que se superpone a la ciudadanía nacional de cada Estado Miembro. La construcción y realización de la ciudadanía europea ha recorrido un largo camino hasta su actual concreción, esta propuesta de ciudadanía europea fue presentada por el Presidente del Gobierno Español Felipe González, a mediados de 1989, y fue recogida por la Comisión, que presentó un ambicioso texto, que incluía, además, el derecho de todos los europeos a una protección sanitaria por igual y a otros derechos sociales y que fue objeto de un fuerte rechazo en el seno de la CEE. La propuesta española sobre el derecho de ciudadanía europea, proyecto que gozaba de conseso dentro de la conferencia intergubernamental para la unión política, fue inicialmente rechazada por el Presidente de turno de la CEE, Sr. Jacques Poos (Holanda), por considerar que la inclusión en el Tratado de un derecho incondicional y de aplicación directa obligaría a algunos de los Estados Miembros a reformas constitucionales.

Las organizaciones internacionales no tienen esta referencia conceptual y subjetiva, y el hecho de que ejerzan cierta protección a determinadas personas: apátridas, refugiados y agentes de las mismas organizaciones, no supone la concesión de una nacionalidad o institución equivalente aunque ciertamente coadyuvan a configurar el estándar mínimo internacional.

La organización unitaria del Estado impide que las estructuras territoriales que en él se integran puedan operar con el concepto de nacionalidad. Principio que no se rompe en el Estado Federal en el que sí bien pueden concurrir dos nacionalidades diferentes, la del Estado Federal y la de los Estados miembros²⁰, una de ellas, la correspondiente al Estado Federal es la única que tiene relevancia internacional, quedando la nacionalidad del Estado federado como referencia política y administrativa para su normativa jurídica singular. Esta es la situación que se aprecia en España en su configuración como Estado descentralizado en Comunidades Autónomas, que hace posible que los ciudadanos españoles además de tener la nacionalidad española, puedan tener un vínculo específico jurídico administrativo regional con la Comunidad Autónoma a la que pertenecen, problemática que también afecta al vínculo de vecindad en relación con el municipio de residencia habitual y que no permite más que registrar el simbolismo semántico del uso del término nacionalidades²¹ como un

²⁰ Como sucede en EEUU, Vid. M.C. MARTI DE VESES: «Nacionalidad», en Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX, Tomo XVI, Barcelona 1978, p.805.

²¹ Artículos Primero de los Estatutos de Autonomía del País Vasco, Cataluña y Galicia en relación con el Artículo 2º de la Constitución y su Disposición Adicional Primera, con referencia específica a las singularidades de los territorios Forales. sobre este último aspecto y como elocuente testimonio de integración del morfismo, más problemático, de los nacionalismos en el conjunto de la estructura estatal, el estudio en clave histórica y actual, de T.R. FERNANDEZ

significativo hecho sociopolítico y cultural sin trascendencia en la personalidad jurídica única del Estado.

De este principio deriva el hecho de que los aspectos referidos a la nacionalidad entran dentro de la llamada "esfera reservada" o competencia exclusiva (domain réservé) de los Estados, expresada en las competencias exclusivas que el artículo 149.1.2 de la Constitución reconoce al Estado en materia de "nacionalidad, inmigración, emigración y extranjería y derecho de asilo", esfera reservada que confirma, en perspectiva histórica, la doctrina²² y la jurisprudencia²³.

La inclusión de la nacionalidad en el ámbito de las competencias exclusivas de los Estados, no quiere decir que éstos puedan actuar con discrecionalidad; su actuación está condicionada por normas internacionales.

RODRIGUEZ: Los Derechos Históricos de los territorios forales, Madrid, 1988.

²² Este concepto doctrinal es la base del Convenio relativo al conflicto de leyes sobre nacionalidad de 12 de abril de 1930, establecido en la Conferencia de Codificación de la Haya (1930), aunque no entró en vigor hasta 1937, en cuyo artículo 1 dice "corresponde a cada uno de los Estados determinar por medio de su legislación quienes son sus nacionales. Esta legislación debe admitirse por los demás Estados siempre que este conforme con los Convenios Internacionales, La Costumbre Internacional y los Principios Generales reconocidos en materia de nacionalidad".

²³ El Tribunal Permanente de Justicia Internacional (T.P.J.I.) en su dictamen de 7 de febrero de 1923 relativo a los Decretos de nacionalidad promulgados en Tunes y Marruecos (zona francesa) mantuvo « que en el estado actual del Derecho Internacional, según opinión del Tribunal las cuestiones de nacionalidad estan comprendidas, en principio, en la esfera de la competencia exclusiva de los Estados». C.P.J.I., serie B, nº4, p.24; en este mismo sentido: C.P.J.I., serie B, nº 7, p.16; serie B, nº10, pp.21; y 23; Asunto Solís: R.S.A., vol.IV, pp.356 y 360 y tambien el Asunto Nottebohm: C.I.J. «Recueil» 1955, p.20.

les, que sin regular directamente la cuestión, limitan la libertad de los Estados en lo que respecta a su regulación interna. Las limitaciones son claras cuando proceden del Derecho Internacional Convencional, es decir de Tratados, cuyas disposiciones deben prevalecer sobre el Derecho Interno; existe mayor complejidad en valorar si en el Derecho Internacional General, el contenido de la Costumbre Internacional y de los Principios Generales del Derecho²⁴ exigen normas que limiten el derecho de los Estados en materia de nacionalidad, problemática que la doctrina internacional ha resuelto en sentido afirmativo²⁵. La ratio última de esta problemática conecta con la

²⁴ La Costumbre Internacional y los Principios Generales del Derecho son reconocidos como límites al poder discrecional del Estado en el artículo 11 del Convenio de la Haya de 12 de abril de 1930. La necesidad de respetar estos límites, que impidan la arbitrariedad en materia de nacionalidad ha sido implícitamente reconocida por el Tribunal Internacional de Justicia en su conocida Sentencia de 6 de abril de 1955, cit. , en el asunto Nottebohm, pues al tiempo que reconoce la validez de la naturalización otorgada por Liechtenstein en su ámbito jurídico interno, le negó efectos internacionales, oponibles a otros Estados, en virtud de su oposición a las normas de derecho internacional. Vid. M.C MARTI DE VESES: «Nacionalidad», en Nueva Enciclopedia Jurídica «SEIX», Tomo XVI, Barcelona 1978, p. 808. Para un estudio de las condiciones de validez de la nacionalidad, Vid. A.N. MAKAROV: "Regles générales de Droit de la Nationalité", en «Rec. des Cours», 1949-I, T. 74, pp. 273-377 y G. PERRIN: "Las conditions de validité de la nationalité en Droit International Public", en Recueil d'etudes de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim, 1968, pp. 853-887.

²⁵ El Prof. VERDROSS ha establecido los principios siguientes: 1º) El Derecho Internacional confía en principio a la apreciación de cada Estado la determinación de como se adquiere y se pierde la nacionalidad.

2º) Ningún estado puede determinar las condiciones de adquisición y pérdida de una nacionalidad extranjera.

3º) La apreciación estatal en la determinación de estas materias queda limitada por el Derecho Internacional.

4º) Dichas limitaciones jurídico-internacionales resultan de los Convenios Inter-

progresiva consolidación de los Derechos Humanos y de una comunidad humana respetuosa con los Derechos de la persona, problemática muy bien expuesta por nuestro texto constitucional en su artículo 10, al reconocer la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes como fundamento del orden político y de la paz social y disponer que la interpretación de las normas relativas a los Derechos fundamentales y a la Libertades que la Constitución reconoce se realicen de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Acuerdos y Tratados Internacionales ratificados por España²⁶

En este marco, en el que las situaciones fácticas tienen que ser integradas en principios y valores que propenden a su evolución, la referencia inicial se sitúa en que toda persona que no tenga este vínculo de nacional con el Estado, es extranjero al mismo. Por lo tanto, todo Estado, nacionales por ellos suscritos, de la Costumbre Internacional y de los Principios Generales del Derecho universalmente reconocidos a tenor del art.38 del Tribunal de Justicia Internacional.

5º) Una declaración de nacionalidad hecha por un Estado dentro de su competencia Jurídico-Internacional tiene efectos jurídicos con respecto a los demás Estados.

6º) Si por el contrario se adquirió una nacionalidad en transgresión de los límites impuestos al Estado por el Derecho Internacional, no tiene que ser reconocida por los demás Estados, ni por ningún Organismo Internacional. Podrá surtir efectos internos en base al Ordenamiento Jurídico del Estado que lo concedió, mientras no lo impugne otro Estado y, a petición suya, sea revocada. Cfr. A. VERDROSS: Derecho Internacional Público, 1967, pp.236-240.

²⁶ Vid. J. RUIZ-GIMENEZ CORTÉS: " Comentario al art. 10, en Comentarios a la Constitución Española de 1978, (dir. por O. ALZAGA), T. II, Madrid, 1984, pp.45-155.; F. GARRIDO FALLA: Comentario al art. 10, en Comentarios a la Constitución, (dir. F. GARRIDO FALLA), Madrid, 1985, pp.185-195; PAREJO ALONSO: Concepto de Derecho Administrativo, Caracas 1984, pp. 216-224.

que como tal tiene gran interés en definir quiénes serán sus nacionales debido a la importancia de los vínculos personales, económicos y sociales que de ello se deriva²⁷, tendrá interés en definir quiénes son extranjeros y, como elementos extraños que son a la comunidad nacional, decidir que normas son las que van a regular su entrada, estancia y salida, disposiciones que, con excesiva frecuencia, están precondicionadas por la coyuntura socioeconómica del correspondiente Estado.

Este concepto de extranjero como contrapuesto al nacional, que a su vez va unido a la existencia de un determinado vínculo con un Estado que le confiere la categoría de súbdito o ciudadano del mismo, no ha sido, ni aún hoy es igual en todas las áreas de civilización, ni aún dentro de éstas en todos los Estados, ya que dependiendo del momento histórico y de la situación geográfica el concepto de extranjero ha ido variando²⁸.

No obstante los aspectos diferenciales, es posible detectar factores comunes, de tal modo que para que existan extranjeros es preciso que se

²⁷ El Preamble de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, de reforma del Código Civil en materia de nacionalidad, se inicia señalando «Las normas que regulan la nacionalidad son para cada Estado de una importancia capital, pues delimitan el elemento personal insustituible de aquél» y este carácter fundamental exige de las normas que regulan esta materia «claridad y coherencia de criterios, de tal forma que la Administración pueda saber en todo momento quiénes son sus ciudadanos y que éstos no se vean sorprendidos por la aplicación e interpretación de preceptos oscuros y contradictorios»

²⁸ Desde la perspectiva histórica, GILISSEN que distingue: en comunidades poco evolucionadas, el extranjero es la persona ajena a los miembros del clan o tribu; en Grecia y Roma lo eran las personas que no poseían el denominado "status civitatis" y en la Europa Medieval quienes no estaban sujetos al Emperador, Rey o Señor. Vid. J.GILISSEN: "Le statut des étrangers a la lumière de l'histoire comparative". «Recueils de la Société Jean Bodin», Tomo X, Editions de la Librairie Encyclopedique, Bruxelles 1958, p.10.

den dos circunstancias necesarias²⁹: La existencia de un grupo socio-político en relación al cual se es extranjero, y el no formar parte de ese grupo socio-político.

La existencia de grupos o comunidades socio-políticas formalizadas desde la correspondencia con el conjunto de la estructura estatal, tiene que ser complementada con la existencia de que en la compleja estructura social pluralista, la noción de extranjero se detecta en relación a cualquier colectivo o grupo social. En nuestra Sociedad actual cada uno de sus miembros pertenece, voluntariamente o no, a diversos grupos sociales: familia, comunidad urbana, grupo ideológico, comunidad municipal, sociedad comercial, profesional, deportiva o cultural..., referencias que admiten complemento en la constatación según la cual el joven o el anciano son extraños o extranjeros entre sí, de tal modo que, el que no forma parte de estos grupos o colectivos es respecto de los que sí lo forman, extranjero. Este pluralismo sociológico, que es alimentado por la diferenciación administrativa de cada colectivo social y que no permite ignorar colectivos fuertemente cohesionados a los que no son ajenos factores de segregación social³⁰, nos muestra la pluralidad de estatutos de extranjero, es decir

²⁹ J. GILLISSEN: "Le statut des étrangers a la lumière de l'histoire comparative", cit., p.11

³⁰ Problemática peculiar del colectivo gitano, con una fenomenología antropológica que le segregó de las referencias institucionales de Estado y que, de modo simultáneo y no sin cierta paradoja, supera los condicionantes estatales desde conexiones internacionales. Colectivo social que fué objeto de medidas de expulsión de los Reinos de España -junto con bohemios y egipcianos- por ser sospechosos de cometer delitos contra la propiedad y de vivir sin ley religiosa, desde fines del siglo XV, medidas que se ampliarían a las Indias en 1568, y en las que se ordena sean devueltos a la península porque «andan en su traje y su lengua, usando de sus tratos y desconcertada

que hay tantos tipos de extranjeros como grupos sociales en relación a los cuales su estatuto es tomado en cuenta. Desde este plano de carácter sociológico cada persona forma parte de un grupo social y a su vez es extranjero a los otros.

Desde la perspectiva jurídica el problema es diferente, hay muchos grupos sociales que desde este punto de vista tienen una importancia menor para fijar el estatuto personal. Así, el hecho de formar parte o no de un colectivo social no modifica en la Sociedad Occidental actual el estatuto jurídico de una persona; puede ser que perteneciendo a él tenga algunas ventajas, pero no influirá en su estatuto jurídico. Aún, el hecho de no ser habitante de una determinada provincia, ciudad o barrio no afecta apenas al estatuto jurídico en una organización institucional de la sociedad que opera bajo el principio de igualdad ante la ley³¹. Por el contrario, el hecho de no vivienda entre los indios, a los cuales por su simplicidad engañan». Sin embargo, la reiteración de las órdenes indica que en la práctica estas medidas no se llevaban a efecto; los gitanos obtenían licencias o pasaban a otros territorios Vid. R. GIBERT: "La condición de los extranjeros en el antiguo Derecho español" en «Recueils de la Société Jean Bodin», cit., Tomo X, p.173.

³¹ Aunque en principio el formar parte o no de un colectivo social no modifica en el sistema jurídico el estatuto jurídico de la persona, la incidencia de la Acción Pública en el Estado Social de Derecho ha permitido que se decante colectivos diferenciados, todo ello bajo el directo estímulo de la Constitución Española de 1978, que es muy receptiva a las técnicas de participación en los asuntos públicos, en calidad de actividad complementaria -no sustitutiva- de las estructuras políticas y administrativas clásicas, y ha reconocido de forma singular y pormenorizada colectivos sociales especialmente vulnerables (juventud, art. 48; disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, art. 49; desempleados, art. 41 y ancianos, art. 50), entronque que ha permitido el desarrollo de Leyes Regionales especialmente dirigidas a estos colectivos. Acción Pública que se sitúa en la misma línea de actuación que la contemplada por las Instituciones Comunitarias que con especial consideración de factor social, vinculado a la condición humana, desglosada en grupo sociales homogéneos en función de una problemática específica, materializan

ser nacional de un Estado constituye una discriminación de la capacidad jurídica importante, una diferencia sensible de estatuto en relación a los ciudadanos de ese Estado. Por ello, podemos decir, que en nuestra civilización, el extranjero desde el punto de vista jurídico se define sobre todo por relación al Estado, mientras que la extranjería a otros grupos sociales aparece como un elemento secundario del estatuto de cada hombre. Esto es así, incluso, para el caso de grupos sociales más amplios y extendidos que los Estados como son las comunidades lingüísticas o religiosas.

En esta concepción de la extranjería tiene justificación la concreción del concepto de extranjero como la persona que no es nacional, que no es ciudadano de un Estado.

líneas de acción de la CEE, que implican superar las genéricas y más abstractas referencias de ciudadano o administrado, así la Resolución del Parlamento Europeo sobre Formación Permanente de los Asalarados en las Empresas (DOCE C 156 de 15.06.1987) incorpora en los puntos que articulan la Resolución la consciente referencia diferencial a los "asalarados y a las asalaradas", al tiempo que singulariza "jóvenes en paro", "mujeres en paro", "personas en situación de paro prolongado", "disminuidos" y "trabajadores extranjeros", o la Resolución del Parlamento Europeo sobre ancianos (DOCE 15.12.1986), con explícita omisión del sustitutivo terminológico de tercera edad. Línea de acción institucional que requiere ser seguida con atención en particular cuando opera en el ámbito de unas Instituciones supranacionales que se configuran inicialmente como económicas y que proyectan su reflexión institucional y su operatividad sobre aspectos tan concretos como, ad exemplum, la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Tercer Programa de Acción Comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades para las mujeres y los hombres (DOCE C 240, de 16.09.1991) o la Directiva de la Comisión de 23 de julio de 1991, relativa a los preparados peligrosos cuyos envases deben ir provistos de un cierre de seguridad para niños (DOCE L 238 , p. 25)

B) – Vinculos de fidelidad de sangre y de territorio, versus el estatuto internacional del extranjero.

La Historia nos muestra que en determinados momentos e, incluso, en la actualidad en algunas estructuras sociales distintas a la occidental, pero contemporaneas, el ser extraño a un determinado grupo social tiene una importancia capital. Así, la Comunidad religiosa es esencial para definir al extranjero en el Islam, mientras que la pertenencia a un Estado es secundario. Lo que nos lleva a afirmar que el Islam ha sido y sigue siendo tanto un grupo socio-político como religioso. En lo que respecta a los cristianos, la extranjería a su grupo religioso no presenta efectos jurídicos importantes, más que en épocas en las que la autoridad del poder eclesiástico ha desbordado las cuestiones religiosas, para inmiscuirse en las cuestiones socioinstitucionales³².

En otras Sociedades los vínculos a un grupo socio-político se han basado en vinculaciones personales a quienes ostentan el poder: rey, señor, jefe, y es extranjero quien no es fiel, es decir quien no rinde fidelidad al

³² Así sucede, en clave histórica, con la conversión de Recaredo al Cristianismo y el nacimiento de la llamada "Nación Gótica". El Catolicismo proporciona al Reino una unidad que subsistió a la disolución territorial. Cfr. R. GIBERT: "La condición de los extranjeros en el Antiguo Derecho Español", Tomo X, cit., p.152. En momentos históricos más próximos es de considerar la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958, cuyo Principio II disponía: «la nación española considera como timbre de honor el acatamiento a la ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación», precepto correlativo con el artículo 6º del Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945 y con el artículo 3º de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, al definir los fines institucionales del Estado preconstitucional.

mismo³³.

En estos grupos socio-políticos, que se formaban alrededor del rey o señor hay que entender el concepto "político" en sentido primitivo y general: lo que concierne a la polis, villa, estado; la persona formaba parte de ellas y, por lo tanto, tenía esa "nacionalidad", que se debía al hecho de haber nacido en el territorio del señor al que prestaban fidelidad (ius soli), aunque en épocas posteriores se admitieron el ius sanguini y también la adquisición de naturaleza por vecindad, por lo tanto, era extranjero toda persona que no formaba parte de esa concreta comunidad.

En el Antiguo Derecho Español se podía ser extranjero a dos grupos socio-políticos distintos: al Reino y a la Ciudad³⁴.

1.- En el caso de los extranjeros al Reino, con el inicio de la Reconquista se produce una fragmentación del territorio nacional en varios reinos, que tienen en común al rey a través de un lazo de fidelidad personal.

La antigua monarquía visigótica de Toledo se restaura en Oviedo (791) y en León (911), formándose el Reino de León de donde se independizan los Condados de Castilla (1151) y Portugal (1140). Desde 1230 León y Castilla forman un sólo Reino en el que se ha eliminado las diferencias territoriales, bajo la influencia unificadora de sus reyes, de tradición visigótica. En el siglo XIII el Reino de Castilla se ha incorporado por conquista los Reinos musulmanes de Badajoz, Sevilla, Jaén, Murcia y en

³³ La fidelidad al rey, o al señor ha sido tratado ampliamente por H. GRASSOTTI: Las Instituciones feudo-vasalláticas en León-Castilla, Centro Italiano de Studi sull'Alto Medioevo, Spoleto 1969.

³⁴ Vid. R. GIBERT: "La condición de los extranjeros en el antiguo Derecho español", cit., p. 151.

1492 Granada, todos ellos componen una sola naturaleza política. Con esta misma plenitud se incorporan Canarias y las Indias Occidentales Españolas. Todo ello es Castilla, en el aspecto social y político, no hay extranjeros entre los diversos territorios que forman el Reino, aunque tengan ciertas diferencias de régimen. Sin embargo no ocurre lo mismo con las provincias Vascongadas³⁵ que conservan sus propias Instituciones de derecho y solo tienen común con Castilla la figura del Rey, es decir que castellanos y vascos son extranjeros entre sí.

En el siglo X se constituye Pamplona (luego Navarra) como Reino independiente, cuyo mayor auge se produjo bajo el reinado de Sancho el Mayor (1000-1035), compartiendo con Castilla un extenso dominio, que al disolverse vuelve a sus antiguos límites, produciéndose posteriormente dos uniones personales y temporales con Aragón (1076 y 1134) y Francia (1284), que no afectan a la independencia del Reino sino que más bien la fortalece, ya que la presencia de un Rey extranjero acentúa la exclusión de éstos³⁶. Incorporado a Castilla por conquista en 1516, conserva su autonomía, la unión es puramente personal.

Aragón nació como Reino independiente con la sucesión de Sancho el Mayor, su unión con el Condado de Barcelona (1162) fue personal, ambos territorios conservaron, su autonomía, derecho e instituciones. A la Corona de Aragón se le incorporan por conquista Mallorca (1229) y Valencia (1238). Esta Corona es federalista -catalanes, aragoneses y valencianos son

³⁵ Unidas por Pacto a la Corona: Guipuzcoa (1200), Alava (1332) y Vizcaya (1379).

³⁶ Vid. R.GIBERT: "La condición de los extranjeros en el antiguo Derecho Español", cit., p.153.

extranjeros entre si.

La unión de Castilla y Aragón por el matrimonio de los Reyes Católicos no altera fundamentalmente este estado de las cosas pero sin embargo sienta las bases para una modificación futura, aragoneses y castellanos son extranjeros entre si. El Rey expide documentos a sus subditos para que puedan viajar al otro Reino³⁷.

Durante el proceso de formación histórica del actual Estado Español hay dos cuestiones en las que se plantea fundamentalmente el tema natural-extranjero al Reino: el paso de no castellanos a Indias y el desempeño de cargos públicos por no naturales³⁸.

Es posible que Fernando el Católico autorizase a los aragoneses a comerciar en las Indias, pero esta disposición no está recogida en la fuentes castellanas, se discute que Carlos V diese licencia general de paso a las Indias en 1526 a todos sus subditos no españoles³⁹, ya que Carlos V Emperador consideraba sus dominios como un todo⁴⁰, lo que a largo plazo influyó en la abolición de la extranjería entre los diferentes Reinos

³⁷ Doc. RRCC I, p. 311. Vid. R.GIBERT: "La condición de los extranjeros en el antiguo Derecho español", cit., p. 154.

³⁸ Vid. R. GIBERT: "La condición de los extranjeros en el antiguo Derecho español", cit., p. 154

³⁹ Vid. A.GIRAD: Comerce français a Sevilla et Cadix aux tempes des Hansbourg, París. 1931.

⁴⁰ Aunque el núcleo base de su Imperio era Castilla, que era el Reino más rico (desde el descubrimiento de las Indias Occidentales) y consecuentemente el más poderoso y al que finalmente se retiró.

Españoles.

Respecto al desempeño de cargos públicos por extranjeros, el problema, aunque venía de antiguo, se agudizó al llegar Carlos V a España rodeado de un gran número de extranjeros al Reino, en calidad de secretarios y ministros, a los que otorgó importantes beneficios y cargos eclesiásticos y también civiles, mediante la concesión de Cartas de Naturaleza⁴¹, instrumento que otorgaba la naturalización del Reino y cuya

⁴¹ En Castilla, las Cartas de Naturaleza han sido ampliamente otorgadas por el Rey como un medio para dar a los extranjeros cargos reservados a los naturales, concesión que fué muchas veces reclamada por las Cortes. Las Cortes de Navarra y Aragón se reservaron siempre la facultad de dar naturaleza del Reino, las Cortes hacen uso de ellas para conceder naturaleza a los extranjeros establecidos como comerciantes. Felipe V estableció que no se diesen naturalezas sino con el consentimiento de las ciudades y villas con voto en Cortes y en caso de existir especiales méritos en el extranjero, intentando con ello evitar que los extranjeros se apoderasen de iglesias o sus prelacías, dignidades y beneficios. La naturaleza podía ser de dos clases: absoluta, que significaba la total incorporación del extranjero al Reino, y limitada, que valía sólo para la adquisición del oficio o gracia que se le concediera (Título XIV, Libro I, Ley 8ª), estas disposiciones se extendieron a Aragón, no así a Navarra. Vid. R. GISBERT: "La condición de los extranjeros en el antiguo Derecho español", cit., p. 174, En la nota 5ª a la Ley 6ª, del Título XIV, Libro I de Novísima Recopilación se dice que «la carta de naturaleza de estos Reinos, es una habilitación de la persona extranjera, para que pueda gozar y tener en estos Reinos todos y cualesquiera oficios, honores, dignidades, rentas y preeminencias que tiene los naturales, sin distinción ni diferencia alguna, y que sus clases son cuatro: la 1ª absoluta, para gozar de todo lo eclesiástico y secular sin limitación alguna; la 2ª para todo lo secular, con la limitación de que no comprenda cosa que toque a los eclesiásticos; la 3ª para poder obtener cierta cantidad de renta eclesiástica en prebenda, dignidad o pensión, sin exceder de ella; la 4ª para lo secular y sólo para gozar de honras y oficios como los naturales, exceptuando todo lo que está prohibido por las condiciones de millones». Vid. M. MARTÍNEZ ALCUBILLA: Diccionario de la Administración Pública, 5ª edic., Tomo V, Madrid 1893, p.419. Estas cartas de naturaleza perdieron su vigencia con la promulgación de las Constituciones del S. XIX, sin embargo, en 1893, aparecían en la Gaceta Oficial, Reales Decretos que concedían a extranjeros que solicitaban la nacionalidad, la naturalización de «cuarta clase con arreglo a las leyes», lo que parecía indicar que hubiera

concesión, en principio, correspondía a las Cortes, hecho que produjo fuerte repulsa entre sus subditos que se consideraron agraviados. Sin embargo, al final de este periodo histórico, ya están sentadas las bases de un nuevo concepto de Estado, el Estado Medieval (o Señorial) desarrollado, que en España se inicia con los Reyes Católicos y que supone la primacía de la relación Rey-subdito, frente a la de Señor-vasallo propia de la Edad Media.

Bajo la influencia de Felipe II la tendencia a la unidad se acrecienta aunque dentro de los límites nacionales ⁴², ya que, a pesar de que en esta época Portugal ha sido incorporada a la Corona, no tienen sus naturales libre acceso a las Indias, es decir son considerados extranjeros.

Esta tendencia a la unidad culmina con Felipe V, quien, tras la Guerra de Sucesión con sus Decretos para la Corona de Aragón (Aragón y Valencia en 1707, Mallorca 1715 y Cataluña 1716), suprime totalmente el Derecho Público de estos territorios, aunque respetan el Derecho Privado de Aragón, Cataluña y Mallorca. Con ello la extranjería entre los Reinos españoles

españoles de diversas categorías hasta que una gestión parlamentaria, la interpelación del Diputado Sr. Francisco Lastres, que consideraba la fórmula rutinaria, puso término a la corruptela. Vid. F. LASTRES: «Naturalización», en Enciclopedia Jurídica Española SEIX, T. XXIII, Barcelona 1910, p.331. Esta naturalización mediante Carta de Naturaleza se ha convertido en la actual concesión de nacionalidad española por Carta de Naturaleza, otorgada por el Gobierno discrecionalmente mediante Real Decreto, y regulada en el art. 21 del Código Civil, reformado conforme a la Ley 18/1990, de 17 de diciembre.

⁴² En 1596: "Declaramos por extranjeros de los Reynos de las Indias...a los que no fueran naturales de nuestros Reynos de Castilla, Leon, Aragón, Valencia, Cataluña y Navarra y los de las Islas de Mallorca y Menorca, por ser de la Corona de Aragón". Cfr. Recopilación Indias 9,27,28 en Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias (1680), Madrid 1791, Reproducción Facsímil, Madrid 1943.

queda prácticamente abolida⁴³.

Este proceso se va desarrollando paulatinamente hasta el siglo XIX, propiciado por la extinción de los antiguos Reinos, pues al terminar la Segunda Guerra Carlista, en 1876, se refuerza el criterio centralista en la organización del Estado, y por la pérdida de las Colonias americanas, que junto a la introducción en la época revolucionaria-burguesa del principio "todos son iguales ante la ley", desemboca en el nacimiento de la sociedad moderna, del Estado liberal; la noción de Monarquía entra en crisis y se habla ya de Nación, nacional, ciudadanos y extranjeros a la Nación española. Pasando a ser el Reino una simple forma de Gobierno, aunque dejen como recuerdo en la época actual los tratados de doble nacionalidad entre España y los países Iberoamericanos, objeto de posterior análisis. La Constitución de Cadiz es la primera manifestación del Estado Moderno liberal, revolucionario-burgues y recoge, por primera vez, el concepto de nacionalidad española moderna⁴⁴.

Esta nueva sociedad liberal cristaliza en lo que se refiere a nacionales y extranjeros en el Real Decreto sobre extranjería de 17 de noviembre de 1852, que define quienes son extranjeros⁴⁵, de lo que se deduce a "sensu

⁴³ R. GIBERT: "La condición de los extranjeros en el antiguo Derecho Español", cit., p. 155.

⁴⁴ A partir de la Constitución de Cadiz todas las Constituciones españolas han incorporado la lógica regulación de la nacionalidad española: Art. 5 de la Constitución de Cadiz; art. 1 de la Constitución de 1837; art. 1 de la Constitución de 1845; art. 1 de la Constitución de 1869; art. 1 de la Constitución de 1876 y art. 23 de la Constitución de 1931.

⁴⁵ Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, artículo 1: "Son extranjeros: 1º Todas las personas nacidas de padres extranjeros fuera de los dominios de España; 2º Los hijos de padre extranjero y madre española nacidos fuera de estos dominios, sino reclaman la nacionalidad español; 3º Los que han nacido en territorio español de padres extranjeros, o de padre extranjero

contrario" quienes son nacionales, con posterioridad en el año 1870 se publica una ley sobre extranjería para las Provincias de Ultramar⁴⁶, que venia siendo solicitada desde antes de la publicación del Real Decreto de Extranjería de 1852, ya que, como la propia Exposición de Motivos de esta nueva ley señala, en 1852, no se consideraba aplicable ninguna disposición de la Península en los territorios de Ultramar, por su problemática particular, sin embargo, en 1870, con el triunfo de la Revolución burguesa se considera necesario la ampliación de los principios liberales-burgueses que rigen en la Península a Ultramar. No obstante, a pesar de esta declaración de principios, hay que señalar, que la mayoría de los preceptos de esta nueva Ley son una transcripción de Real Decreto de Extranjería de 1852, momento en el que todavía no había triunfado la Revolución de 1868, por lo que las declaraciones expuestas en la Exposición de Motivos no son del todo ciertas, siendo preciso destacar, que la aprobación de la Ley más bien parece un intento del Gobierno de afianzar su presencia y frenar los movimientos independentistas que por aquellos años se inician en las colonias españolas, mediante la emigración masiva de extranjeros europeos a las Provincias de Ultramar; lo que realmente hace esta nueva Ley es extender unas disposiciones vigentes ya en la Metrópoli a la Provincias de y madre española, sino hacen aquella reclamación; 4º. Los que han nacido fuera del territorio de España de padres que han perdido la nacionalidad española; 5º. La mujer española que contrae matrimonio con extranjero. Como parte de los Dominios españoles se considera los buques españoles sin distinción alguna, Real Decreto de 17 de noviembre de 1852. Vid. M.MARTINEZ ALCUBILLA: Diccionario de la Administración Pública Española, Tomo VI. Madrid 1869.

⁴⁶ Ley de 9 de mayo -4 de julio de 1870. Vid. M. MARTINEZ ALCUBILLA: Diccionario de la Administración Pública, Tomo IV, Madrid 1878.

Ultramar en donde tradicionalmente los derechos de los extranjeros eran radicalmente negados, y a quiénes, incluso, no se les permitía el acceso a esta tierras,⁴⁷, segregación de régimen jurídico de territorios que constituye una manifestación de diferenciación de grupos sociales por razón del territorio.

2. - El concepto de extranjero a la Ciudad⁴⁸ es más antiguo que el concepto de extranjero al Reino, aunque esto no quiere decir que uno sustituyera a otro, sino que, a lo largo de un amplio periodo de tiempo, ambos se superponen⁴⁹. En efecto, en España tuvo una importancia capital el pertenecer o no a una ciudad, ya que sobre todo desde el inicio de la Reconquista y debido a la necesidad de repoblar zonas reconquistadas, se concedieron por parte de los Reyes, Cartas Pueblas, con grandes beneficios, a villas y ciudades, que actuaban como verdaderos Señoríos, teniendo muchas veces discrepancias con los Reyes que las habían creado.

Este concepto de pertenencia a una Ciudad, de ser natural a ella, lleva a la situación de que se pudiera ser natural de un Reino, pero extranjero de una Ciudad del mismo Reino⁵⁰

⁴⁷ Vid. J.L. IRIARTE ANGEL :Los Derechos Civiles de los extranjeros en España, Madrid 1988, p.51.

⁴⁸ El régimen de ciudadanía a una ciudad tiene sus remotos antecedentes en lo que respecta a España en los pueblos indígenas y colonias extranjeras (fenicios y griegos).La dominación romana fomentó la urbanización de los pueblos y les dotó de un orden general en base a la ciudadanía.En referencia a esta problemática Vid. A. D'ORS:Epigrafía jurídica de la España Romana, Madrid 1953, p. 148 y ss.

⁴⁹ Vid. R. GIBERT: "La condición de los extranjeros en el antiguo Derecho Español", cit. p. 159.

Para valorar debidamente las consecuencias de la extranjería local, debe tenerse en cuenta que la fijación del Derecho en la Edad Media se realiza principalmente en la esfera local y urbana y que existe una verdadera incomunicación en las esferas jurídicas locales, excepto los casos sometidos a la Justicia del Rey. Había personas y clases directamente vinculadas al Rey⁵¹, pero la mayoría se integraban en el Reino por su pertenencia a una ciudad o villa.

Sin embargo, la extranjería a la villa era, cuando se acudía a repoblar, la única característica común a los nuevos pobladores, pues debido a la necesidad de atraer nueva gente se les concedía el carácter de "poblador" con multitud de derechos y regalías, además de que la adquisición de la ciudadanía para los nuevos pobladores era inmediata o bien, tras la residencia de un año, unida a la condición de tener casa poblada.

La Ciudad distingue entre dos clases de vecinos, los que tienen un cierto arraigo y los que se incorporan por un acto formal. En Castilla y Cataluña se registra un paralelismo al respecto. El Fuero de Soria⁵² reconoce como vecinos: al que teniendo bienes raíces allí, mora fuera; al que sin tener bienes allí es morador de siempre y, al que sin reunir estas condiciones y haber residido medio año se "encomienda por vecino" en un

⁵⁰ Como ejemplo, en la ciudad de Tortosa tan extranjero era el ciudadano de Barcelona, ambos bajo el mismo Rey, que el de Burgos o Toledo que pertenecían a la Corona de Castilla. Vid. R. GIBERT: "La condición de los extranjeros en el antiguo Derecho Español", cit. p. 160.

⁵¹ Embajadores, Mercaderes, Romeros y peregrinos.

⁵² Vid. G.SANCHEZ:Fueros Castellano de Soria y Alcalá de Henares, Madrid 1919.

acto solemne que se celebra en la Iglesia. La Carta de Tortosa ⁵³ establece dos clases de ciudadanos: los que no están obligados a hacer el "sagrament de reynatg", el nacido en Tortosa, el morador de diez años y el que ha contraído matrimonio con ciudadana y, los que sin reunir estos requisitos practican el juramento de vecindad, despues del cual pasan a disfrutar de todas las franquicias de los ciudadanos. Como se ve existe una tendencia a conceder la ciudadanía a los simples moradores, en cuanto tienen arraigo por matrimonio o propiedad.

Junto al extranjero total o parcialmente incorporado a la Ciudad, los fueros locales conocen la figura del "albarrán" o forastero, cuya situación es negativa en el conjunto del orden jurídico local, aunque con el paso del tiempo su situación fue mejorando, al poderse acoger a alguna de las categorías privilegiadas y protegidas por el cada vez más importante derecho del Rey⁵⁴.

La importancia de ser vecino de una villa o Ciudad era significativa ya que junto a la obligación de levantar las cargas comunales, existía el derecho a los aprovechamientos de los bienes comunes. Las Cartas Pueblas y

⁵³ Vid. B OLIVER: Historia del Derecho de Cataluña, Mallorca y Valencia, T.IV, Madrid 1881.

⁵⁴ Romeros y Peregrinos: Partidas 1,24; 5,8,27; Embajadores: Partidas 7,25,9; Mercaderes: Partidas 5,7,4. El Código de las Partidas prohíbe hacer fuerza, agravio o mal alguno a los extranjeros y si contraveniendo lo estatuido alguno robase a algún mercader empleando violencia, y si el robo o la fuerza pudiese ser probado con pruebas y señales ciertas, el juez del lugar debería hacer entrega de los bienes robados y resarcirle los daños y perjuicios causados, y si los bienes robados no pudieran ser hallados, ni con sus bienes darle reparación, el concejo o el señor en cuyo territorio se efectuó el robo debe pagarlo de los suyo. Vid. M. ARJONA COLOMIO: «Extranjero», en Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX, T. IX, Barcelona 1958, p. 409.

Los Fueros señalan los lugares donde los vecinos pueden cortar leña, erar la miés, apacentar el ganado, mientras que los extraños o forasteros a la Ciudad tenían, en caso de serles permitido, que pagar tributos, como el "montazgo", por el uso de los bienes comunes.

La regulación local de la vecindad se conservó, hasta la legislación municipal moderna uniforme para toda España. Este concepto de vecindad, que en tiempos pasados tenía un peso importante, dado que llevaba aparejado el disfrute de derechos, en el siglo XIX, con el cambio a un Estado liberal, con una Administración centralizada y teniendo todas las villas los mismos derechos y obligaciones, pierde su significado y se produce un cambio en el contenido real del término. La inexistencia de una disposición reguladora de la adquisición de la nacionalidad por vecindad⁵⁵, y la única referencia de preceptos genéricos como los contenidos en la Constitución de 1878 y el Código Civil⁵⁶, indujeron a que las normas de adquisición de vecindad contenidas en los artículos 25 y 326 del Código Civil y 102 de la Ley de Registros -que en realidad iban dirigidas a los nacionales y que regulaban la vecindad en los términos jurisdiccionales de los ayuntamientos, como origen de derechos y obligaciones en concepto de vecino y como fundamento de la competencia judicial para conocer de pleitos y

⁵⁵ A pesar de que el art.44 del Real Decreto de 15 de noviembre de 1852 sobre Extranjería señala que: "Los derechos de los extranjeros que adquirieran nacionalidad por..., o ganar vecindad con arreglo a la Constitución, así como las formalidades y condiciones para obtenerla, se fijarán en una disposición especial", esta disposición no fué publicada. Vid. M. MARTINEZ ALCUBILLA: Diccionario de la Administración, Tomo VI, 1869, p.761.

⁵⁶ El Art.17 del Código Civil de 1889 señalaba que los extranjeros que hubieran ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía eran españoles.

reclamaciones- se utilizaran habitualmente para adquirir la nacionalidad española, con la simple inscripción en el Registro Civil, sin ningún tipo de precaución o garantía⁵⁷. Este método daba lugar a abusos, pues, de este modo habían adquirido la nacionalidad española, extranjeros que "carecían de las debidas circunstancias para obtener tal merced y que ni siquiera llevaban tiempo bastante de residencia en el territorio español"⁵⁸, ya que, aunque resulte paradójico, los extranjeros para adquirir la nacionalidad española, solo precisaban ser vecinos de un municipio durante dos años⁵⁹, mientras que los nacionales necesitaban ser vecinos diez años para adquirir la vecindad civil de Derecho Foral.

Esta situación se vino a resolver con la publicación del Real Decreto de 6 de noviembre de 1916⁶⁰, que estableció las normas para adquirir la

⁵⁷ Ya que la audiencia previa del Consejo Real establecida por Real Decreto del Consejo Real de 22 de septiembre de 1845, únicamente era preceptiva cuando se producía una naturalización por Carta de Naturaleza, que otorgaba el Gobierno, sin consulta a las Cortes. Cuando desaparece el Consejo Real, esta facultad pasa al Consejo de Estado. Vid. M. MARTINEZ ALCUBILLA: Diccionario de la Administración Española, 1869, Tomo VI, p.465.

⁵⁸ Exposición de Motivos del Real Decreto de 6 de noviembre 1916 que regula la adquisición de la nacionalidad. Estas corruptelas habían sido señaladas por D. Marcelo MARTINEZ ALCUBILLA, que estimaba era preciso una nueva legislación en materia de adquisición de la nacionalidad por carta de naturaleza y por vecindad, legislación que el art. 1 de la Constitución de 1845 prometía, pero que en 1893 todavía no se había dado, estimando también que en la interpelación del Sr. Diputado D. Francisco Lestres al Ministro de la Gobernación, sobre la fórmula rutinaria de concesión de nacionalidad española, debería haber entrado en el fondo del asunto y presentado una Proposición de Ley "que de seguro hubiera sido bien recibida". Vid. M. MARTINEZ ALCUBILLA: Diccionario de la Administración Española, Tomo V, 1893, pp. 417-419.

⁵⁹ Art.25 del Código Civil de 1889. Vid. MARTINEZ-ALCUBILLA: Apéndice de Legislación al Diccionario de la Administración Española, Año 1916, p.413

nacionalidad española por vecindad, pasando a ser el periodo de tiempo necesario diez años de residencia continuada en el territorio nacional⁶¹ del extranjero domiciliado e inscrito en el libro de Ciudadanía y Vecindad Civil del Registro respectivo, con reserva de la facultad de declarar que se cumplen los requisitos necesarios para entender ganada vecindad al Gobierno⁶² y con la precisión de que el Poder Público no podrá, si se cumplen los requisitos pedidos por la legislación, denegar esta concesión de naturalización por vecindad⁶³

Este Real Decreto del año 1916 dejaba las disposiciones contenidas en el Código Civil y en las leyes municipales relativas a la adquisición de vecindad, únicamente para la obtención de la vecindad administrativa de los

⁶⁰ Vid. MARTINEZ-ALCUBILLA: Apéndice de Legislación al Diccionario de la Administración Española, Año 1916, p.413.

⁶¹ Con algunas excepciones establecidas en el art.3 del Real Decreto comentado, respecto a abreviar el periodo de residencia.

⁶² La Exposición de Motivos del Real Decreto señala que si se concede esta facultad a las autoridades locales podía dar origen a abusos y corruptelas. Vid. MARTINEZ-ALCUBILLA: Apéndice de Legislación al Diccionario de la Administración Española, Año 1916, p.414.

⁶³ La Exposición de Motivos del Real Decreto de 6 de noviembre de 1916 señala que la declaración de la naturalización corresponde al Gobierno: "pero sin que la misma implique limitación alguna del precepto constitucional, puesto que queda reducida a sancionar la regularidad del procedimiento y la existencia del hecho, que da lugar al cambio de nacionalidad y, sin que sea lícito al Poder Público, el denegar éste cuando tal hecho y sus condiciones resultan plenamente justificadas". Exposición de Motivos del Real Decreto de 6 de noviembre de 1916. Vid. MARTINEZ-ALCUBILLA: Apéndice de Legislación al Diccionario de la Administración Española, Año 1916, p.414.

españoles. Con este origen la naturalización por vecindad ha evolucionando hasta convertirse en la actual adquisición de nacionalidad por residencia recogida en el actual Código Civil⁶⁴.

⁶⁴ Los arts. 21 y 22 del Código Civil redactados conforme a la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, establecen la normativa aplicable a la adquisición de la nacionalidad española por residencia, pero se diferencia del Real Decreto de 6 de noviembre de 1916 (adquisición de la nacionalidad por vecindad), en que la adquisición de la nacionalidad por residencia es "no originaria" y por lo tanto susceptible de ser denegada por la Administración conforme a lo que señala el art.21 del Código Civil, "por motivos razonados de orden público o interés nacional", a pesar de que se cumplan todos los demás requisitos exigidos por la Ley. La nueva redacción, que sustituye a la introducida por la Ley 51/1982, supone un cambio significativo, ya que introduce el calificativo de "razonados" referido a los motivos de orden público o interés nacional por los que el Ministro de Justicia podrá denegar la nacionalidad por residencia, ésto supone un paso adelante, pues con anterioridad las denegaciones de solicitud de nacionalidad no tenían que ser motivadas según la redacción del antiguo art. 22. Sin embargo esta postura fue rechazada por la STS 7 de junio de 1986, que consideraba que en base al art. 43. 1. a) de la LPA que exige motivar los acuerdos limitativos de derechos, la denegación de nacionalidad por residencia debería ser motivada. Esta importante Sentencia rompe con la Jurisprudencia anterior, pues considera que el lugar de residencia de los conflictos originados por la denegación de nacionalidad por residencia debe ser los Tribunales Contencioso-Administrativos, ya que lo que se plantea "es un enfrentamiento directo entre un particular y la Administración que emite una resolución», pues la concesión de la nacionalidad está vinculada al órgano administrativo (Dirección General de los Registros y Notariado), que decide a través de un procedimiento administrativo, por lo que puede considerarse un auténtico acto administrativo. La doctrina de esta Sentencia ha sido recogida por la nueva Ley 18/1990 sobre la nacionalidad. Vid. intervención del Diputado Sr. CUESTA MARTINEZ del Grupo Parlamentario Socialista, en la "Toma en Consideración" de la Proposición de Ley de la reforma de la nacionalidad (BOC, Congreso, nº 177, 14 de mayo 1989, p. 10290). Fue introducida mediante enmienda del Grupo Socialista (enmienda nº 32 BOC, Serie B, nº 14-6, 9 de mayo de 1990, p.24), en el nº.5 del art. 22, que sustituye la vía ordinaria civil (establecida en la Proposición de Ley) por la vía contenciosa-administrativa como jurisdicción en que deben sustanciarse los conflictos sobre concesión o denegación de nacionalidad por residencia. En este sentido J. C FERNANDEZ ROZAS y S. ALVAREZ GONZALEZ: "La nacionalidad ante la jurisdicción

Como residuo histórico de la importancia que tuvo el concepto de vecino, la calidad de vecinado a una villa o ciudad, resta en la actualidad el concepto de vecindad administrativa, distinto de la vecindad civil⁶⁵, y que hace referencia a la obligatoriedad por parte de los españoles (y también de los extranjeros residentes) a pertenecer a un determinado municipio⁶⁶. La pertenencia a un municipio supone la adscripción a una de-

 contenciosa-administrativa" en LA LEY, 1987, T. 2, pp. 309-322; M. C. APRELL LASAGABASTER: "El control judicial de la discrecionalidad administrativa en materia de nacionalidad", en «REDA», nº 57 (1988), pp.89-92 y M. FERNANDO PABLO: "Sobre la cláusula de orden público en materia de nacionalidad", en «RAP», nº 121 (1990).

⁶⁵ La vecindad civil viene recogida en los arts. 14 y 15 del Código Civil y hace referencia a la sujeción de una persona al Derecho Común o foral pero siempre en el ámbito del Derecho Privado, y supone un vínculo regional con efectos puramente civiles, que se adquiere en principio por filiación, pero que también se puede adquirir por residencia continuada. Residencia continuada que será de dos años siempre que el interesado manifieste su voluntad en este sentido, o de diez años de residencia continuada, sin declaración en contrario durante este plazo. La posibilidad de adquisición de la vecindad civil por filiación o residencia permite ver el margen de juego que se le concede a la voluntad del interesado, ya que se le permite optar entre distintos puntos de conexión: filiación, lugar de nacimiento y lugar de residencia. Cfr. J. PEMAN GAVIN: "La población Local: la vecindad administrativa" en Tratado de Derecho Municipal, (dir. S. MUÑOZ MACHADO), Madrid 1988, p.1069. La nueva redacción del art. 15, según La Ley 18/1990, de 17 de diciembre, ya no impone como regla general la vecindad de derecho común, sino que permite al extranjero que adquiriera la nacionalidad española, optar voluntariamente por las vecindades siguientes: la correspondiente al lugar de residencia, la del lugar de nacimiento, la última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes o la del cónyuge.

⁶⁶ La Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985, en su art.15 señala:"todo español o extranjero que viva en territorio español deberá estar empadronado en el Municipio que resida habitualmente".Esta ley en su art.16 determina que el empadronamiento confiere el carácter de residente, señalando a continuación que los residentes pueden ser de dos tipos: vecinos y domiciliado, siendo vecinos los españoles mayores de edad y que esten en posesión de todos sus

terminada Entidad Provincial y desde el resurgimiento del Estado de las Autonomías a una Comunidad Autónoma⁶⁷. La vecindad administrativa derechos y obligaciones, derechos y obligaciones que el art. 18 de la Ley les confiere; mientras que los domiciliados son los españoles menores de edad y los extranjeros residentes, aunque éstos conforme al art. 18.3 de la misma Ley tienen los derechos y obligaciones de los vecinos, menos los Derechos Políticos, con la excepción de las elecciones municipales. La divergencia entre estos dos tipos de vinculación regional -vecindad administrativa y vecindad civil- ha dado lugar a que se haya propuesto su unificación, haciendo depender la vecindad civil también de la residencia, como es el caso de la vecindad administrativa, de modo que coincidan condición política y vecindad civil, sin embargo esta idea ha sido rechazada por parte de la doctrina por considerar el enraizamiento de los Derechos forales en los grupos humanos "con vínculos profundos y estables, que no pueden quedar al albur de un mero cambio de residencia". Vid. J. BERMEJO VERA Y J. DELGADO ECHEVERRIA: "Comentario al artículo 4", en Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón, IEAL, Madrid 1985, p. 80.

⁶⁷.La totalidad de los Estatutos de Autonomía recogen en su articulado, que la pertenencia a una determinada Autonomía, no se hará en virtud de los principios que rigen la Nacionalidad, es decir "lus sanguinis" y "lus soli", como lo pone de manifiesto P.FERRER SANCHIS: en "Comentarios al art.4 ", en Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Valencia. IEAL, Madrid 1985, p.64-66, sino en virtud de la vecindad administrativa, es decir de la residencia y empadronamiento en determinado municipio, perteneciente a la respectiva Autonomía; así lo hacen el art.6 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 18 de diciembre de 1979; el art.3 del Estatuto de Autonomía de Galicia de 6 de abril de 1981; el art.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón de 10 de agosto de 1982 y el art.5 del Estatuto de Autonomía de Castilla-León de 25 de febrero de 1983; es decir, se fundamentan en el hecho físico y material de residencia en el territorio (vecindad), todo esto, quizá en consonancia más con el papel jurídico-público, participar en la vida de la Comunidad, que jurídico privada, es decir como una dimensión de su estado civil, en esta línea J.C. FERNANDEZ ROZAS en su trabajo: "Nacionalidad, vecindad civil y vecindad administrativa: consideraciones sobre el desarrollo constitucional" en «REDI», 1981, pp.150, ya que el contenido real de esa vecindad administrativa es que el ciudadano- titular de derechos y deberes frente al poder político, estatal y autonómicos, es también administrado- titular de derechos y deberes frente al poder administrativo, estatal, autonómico, local e institucional, criterio en el que incide J.M. FRUTOS ISABEL, en su "Comentario al art. 3º", en

puede ser tomada en sentido amplio o estricto, es decir como residente o como vecino en sentido estricto, ya que éste lo es conforme a la Ley, a la mayoría de edad, lo que conlleva el goce de todos los derechos. Se puede pensar que respecto de las Autonomías es suficiente la vecindad administrativa en sentido amplio, siendo la causa de que los Estatutos de Autonomía exijan además la condición de ser nacional español, para disfrutar de los derechos que su pertenencia confiere⁶⁸.

Esta diferenciación entre vecindad administrativa en sentido amplio o estricto nos lleva a la comprobación de que no todos los nacionales españoles son iguales, a la hora de ejercitar determinados derechos, ya que algunos no gozan del Estatuto de Ciudadano, es decir que no pueden ejercer

Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia, MAP, Madrid 1991, p. 51. Aunque no conviene olvidar, como señala A. SANCHEZ BLANCO, que esta adscripción a un determinado territorio autonómico en base al empadronamiento en un determinado municipio y consecuente inscripción en el Censo Electoral, tiene o puede tener un importante *componente voluntarista*, (no tan fuerte como en el caso de la vecindad civil) ya que el empadronamiento puede hacerse en el municipio en el que se resida habitualmente o solo se resida temporalmente o incluso donde se residió durante un breve periodo de tiempo y que coincidiera con el periodo de elaboración del censo, estas matizaciones a la objetividad del concepto de vecindad administrativa no quitan valor, a la importancia subjetiva para el individuo del municipio y su extensión territorial, la Comunidad Autónoma, vid. su "Comentario al art.5", en Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Castilla-León, IEAL, Madrid 1985, pp.68-70.

⁶⁸ BERMEJO VERA y J.DELGADO ECHEVERRIA: "Comentarios al art.4", en Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón, cit., pp.37-46. Derechos que pueden ser distintos en cada Comunidad Autónoma como señala la STC 37/1981, de 16 de noviembre: "La potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente da a nuestro ordenamiento una estructura compuesta por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional"

los Derechos Políticos por motivos de diversa índole, bien por no haber cumplido los requisitos de Derecho Público, bien por incapacidad física o mental, o por estar especialmente inhabilitados para ello por condenas penales o inhabilitaciones civiles⁶⁹, con ello vemos que, no sólo existe la antítesis nacionalidad-extranjería, sino también la diferencia entre nacionalidad-ciudadanía-extranjería. Sin embargo, en la actualidad tampoco podemos decir que esta relación sea tan antagónica, ya que por influencia de la Comunidad Internacional, en el ámbito local se abre camino una nueva relación no contrapuesta: ciudadanía-extranjería, con posibilidad de sufragio activo e incluso pasivo en las elecciones municipales⁷⁰ y que

⁶⁹ En este sentido J. SANTAMARIA PASTOR: "Comentario al art. 23" en Comentarios a la Constitución (dir.F. GARRIDO FALLA), Madrid 1985, pp.443-444 y J. AGUIAR DE LUQUE y M.SANCHEZ MORON: "Comentario al art.23" en Comentarios a la Constitución Española de 1978, (dir. O. ALZAGA), T. II, Madrid 1984, pp. 666-667. Distinción entre nacional y ciudadano que ya se incorporó en la Constitución de 1812, que impedía ejercer los derechos inherentes a la ciudadanía a los españoles entre otras causas "por no tener empleo, oficina o modo de vivir conocido" (art. 25) o "que trajesen origen aunque remoto de Africa", lo que lleva al Prof Tomás y Valiente a considerar que "la ciudadanía es la lógica de la exclusión". Vid. F. TOMAS Y VALIENTE: "Los Derechos Fundamentales en la Historia del Constitucionalismo Español" en X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Introducción a los Derechos Fundamentales, Vol. I, Madrid 1988, p. 36-37.

⁷⁰ En el ámbito de los Estados Miembros de la CEE, Dinamarca, Países Bajos e Irlanda permiten participar a todo extranjero en las elecciones locales; Gran Bretaña reconoce el Derecho de voto en las elecciones locales a los ciudadanos nacionales de Estados con los que mantiene especiales lazos históricos; Portugal, cuya situación era similar a la de Gran Bretaña ha previsto tras la reforma constitucional realizada por Ley Constitucional 1/1989, de 8 de julio, la posibilidad de que este Derecho de sufragio activo sea extendido, por Ley y en condiciones de reciprocidad a todo extranjero. Respecto del Derecho al sufragio pasivo en las elecciones locales, además de Gran Bretaña que reconoce este Derecho a los ciudadanos irlandeses e Irlanda para los nacionales de Estados Miembros de la CEE, los Países Bajos y Dinamarca son los únicos Estados a

tiene su más alta expresión en el ámbito de la CEE, ya que tras la firma del Proyecto de Tratado de Unión Europea, el 7 de febrero de 1992, se establece una ciudadanía común europea, la "ciudadanía de la Unión", que conlleva, la ampliación del sufragio activo y pasivo en las elecciones locales y al Parlamento Europeo, de los nacionales de los Estados Miembros residentes en un Estado Miembro que no es el de su origen nacional.

C) - Derecho personales, derechos familiares, derechos del Estado y tutela supranacional.

Estos cambios, positivos, que se van produciendo lentamente en la relación nacionalidad-extranjería son impulsados por la Comunidad Internacional, en un intento de superar el concepto eminentemente negativo del término extranjero, este interés es también demostrado a la hora de intentar clarificar y solucionar los problemas que presentan los extranjeros. En la Conferencia Internacional de París de 1929, fué considerado un Proyecto de Convenio sobre tratamiento de extranjeros⁷¹, que reconocía nivel europeo que reconocen este Derecho a todos los extranjeros residentes. Vid. E. ARNALDO ALCUBILLA: "El Derecho de sufragio activo de los extranjeros en las elecciones locales", en «REDC», nº 34 (1992), pp. 87-89. En el ámbito interno, España ha realizado Acuerdos con los Países Bajos (BOE 14 de febrero 1990), Dinamarca (BOE 30 de noviembre de 1990), Noruega (BOE 27 de junio 1991) y Suecia (BOC 27 de junio de 1991).

⁷¹ Conference International de Paris sur le traitement des étrangers, reunida en París el 5 de noviembre de 1929, que discutió le Projet de Convention élaboré par le Comité Economique de la Société des Nations. Vid. "La Conference International de Paris sur traitement des étrangers", en «RDIP», 1930, pp. 218-250.

unos derechos mínimos y rudimentarios a los extranjeros: derecho a la vida, derecho a la protección de la persona, derecho al matrimonio y derecho al comercio, que si bien no prosperó, demostraba que existía una sensibilidad por el problema de los extranjeros. El reconocimiento de la categoría jurídica de refugiado y apátrida plasmados en la Convención sobre el Estatuto de los refugiados y en la Convención relativa al Estatuto de los apátridas⁷², y el reconocimiento de la categoría de trabajador migrante⁷³, son significativos hitos para el ordenamiento jurídico, que contribuye a superar las categorías jurídicas de los Derechos estatales para contribuir a vertebrarlos en un Ordenamiento Internacional orientado, de modo simultaneo, por los Derechos de la persona y por las exigencias de vertebración socioeconómica internacional.

La Comunidad Internacional ha intentado conseguir incluso, suavizar el poder coercitivo del Estado respecto de sus nacionales, procurando evitar la pérdida de nacionalidad y su consecuente desnaturalización como medida de represalia⁷⁴, criterio rector acogido, con fortuna, en el art.11 de la Constitución española de 1978⁷⁵.

⁷² Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.O.N.U. de 28 de julio de 1951 y su Protocolo Adicional.O.N.U.de 31 de enero de 1967. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. O.N.U.de 28 de septiembre de 1954.

⁷³ Convenio Europeo relativo al Estatuto del Trabajador Migrante. Consejo de Europa. Estrasburgo.24 de noviembre de 1977.

⁷⁴ Art.15.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la O.N.U. de 10 de diciembre de 1948: "A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad, ni del derecho a cambiar de nacionalidad"

⁷⁵ Art.11.2 de la Constitución Española de 1978:"Ningún español de origen podrá ser

Sin embargo a los intentos de suavizar y ampliar la protección al extranjero por parte de la Comunidad Internacional, se une la tensión entre el "ius sanguini" y el "ius soli" a la hora de atribuir la nacionalidad a las personas nacidas o residentes en un país, ya que dependiendo de su situación demográfica y económica, un país tenderá a aplicar uno u otro principio. Para un país de inmigración constituye a veces una necesidad política absorber a un extranjero de la manera mas rápida posible, y por lo tanto tenderá a aplicar el "ius soli", mientras en caso de que se trate de un país densamente poblado y de emigración tenderá aplicar el "ius sanguini", lo que evitará que los hijos de extranjeros nacidos en el país sean nacionales, y por otra parte, permitirá mantener un vínculo con sus nacionales emigrados, ya que en virtud del "ius sanguini" los hijos de estos, aún habiendo nacido en un país extranjero serán nacionales⁷⁶.

privado de su nacionalidad". La Constitución consagra la prohibición absoluta de privar de la nacionalidad española a los nacionales de origen, dejando claro, que sí puede afectar a los naturalizados, a los que se podrá privar de la nacionalidad española según establece el art. 25 del CC por sentencia firme conforme a las leyes penales y cuando entren al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno. Vid. A. LOPEZ: "Comentario al art. 11.2" en Comentarios a la Constitución Española de 1978, (dir. O. ALZAGA), T. II, Madrid 1984, pp.186-189 y J.M. SERRANO ALBERCA: en Comentarios a la Constitución, (dir. F. GARRIDO FALLA), 1985, pp. 202-204

⁷⁶ En este sentido M.C.MARTI DE YESES PUIG: "Nacionalidad" en Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX, T.XIII, Barcelona 1978. El Ordenamiento español al definir quienes son españoles en el art. 17 del CC, tiene en cuenta tanto el «ius sanguinis» como el «ius solis» lo que permite que no sólo sean españoles de origen los nacidos en España de padre o madre española o de extranjero nacido España, sino también los hijos de españoles nacidos en el extranjero, protegiendo de este modo a los hijos de emigrantes, cumpliendo así el precepto constitucional que exhorta al Estado a velar especialmente por los emigrantes y orientar su política hacia su retorno.

La inclinación por uno de estos principios tiene, eminentemente motivaciones económicas y demográficas, es el denominado "go and back", que hace surgir la figura del emigrante⁷⁷ como una categoría de extranjeros sometida a los vaivenes económicos de los países. Así en 1909, momento en el que se inicia una crisis económica, el Gobierno del Canadá, intenta iniciar una política de «inmigro cultura», para ello está dispuesto a hacer una selección no sólo cuantitativa de los emigrantes, sino también cualitativa, pretendiendo de este modo que sólo lleguen al país, personas de raza británica, para evitar la entrada de «indeseables»⁷⁸. Este mismo sentimiento hostil para con los emigrantes existía en Francia en el año 1933, como lo demuestra las opiniones vertidas en la celebración del "Congrès National des Sociétés de Patronage", en las que se hace referencia de una manera clara, a las necesidades de que las medidas de expulsión de extranjeros sean verdaderamente efectivas ya que de esta forma «se protege a los elementos sanos de la población contra el contagio moral de

⁷⁷ El concepto de emigrante como una de las categorías en que se puede clasificar al extranjero aparece en España, en la Ley de Extranjería para Provincias de Ultramar de 9 de mayo - 4 de junio de 1870, aunque en esta ley el concepto de emigrante no es igual al actual, ya que según el art.3 de esta Ley, emigrante es el extranjero que no tiene casa abierta, no lleva tres años residiendo en el país ni está inscrito en el registro como domiciliado, ni como transeunte. Vid. Ley de Extranjería de las Provincias de Ultramar de 9 mayo-4 junio de 1870, en M. MARTINEZ-ALCUBILLA: Diccionario de la Administración Española, 1878, T.IV, p. 696.

⁷⁸ El Sr. Frank Oliver, Ministro Federal del Interior recibió el encargo del Gobierno de buscar y criar en Gran Bretaña, niños de ambos sexos, para que llevados después al Canadá, crearan familias, y de este modo implantar la raza metropolitana en el País, el origen de esta medida es la cantidad de extranjeros "no de raza británica" que habían entrado en Canadá el año anterior. Vid. "Nouvelles et Informations", en «RDIP».1910, p.273

extranjeros que por su mala conducta se muestran indignos de la hospitalidad francesa»⁷⁹. Todo esto nos demuestra que en épocas de crisis renacen descontrolados sentimientos hostiles contra la población inmigrante, ya que se les considera en último término, como causantes de todos los males que sufre el país: paro, aumento de la criminalidad, drogas...⁸⁰.

Finalizada la 2ª Guerra Mundial se inicia un proceso de reconstrucción

⁷⁹ Se solicita al Gobierno que efectivamente se expulse a los extranjeros expulsados, es decir que, si es preciso, carguen con los gastos del viaje, porque sale más barato para Francia. Vid. "Note" al Congrès National des Sociétés de Patronage (15-17 de junio de 1933), del Sr. Raymon FATOU, sustituto del Procurador General de Aix-en-Provence, en «NRDIP», 1934, pp.143-148. También tentativa infructuosa de imponer cupos de entrada de extranjeros por parte de la Cámara de Diputados. Vid. "La main-oeuvre étrangère en France", en «RCDIP», 1934, p.568.

⁸⁰ Como dato curioso, generalmente, las manifestaciones contra los inmigrantes se producen, no cuando llega la primera generación al país de acogida, sino cuando la segunda generación esta ya instalada, e incluso en muchos casos ostenta la nacionalidad del país de acogida. Vid. J. KRULIC: "L'immigration et l'identité de la France, mythes et réalités" en «POUVOIRS», nº47 (1988), p.36. Esto es debido a que cuando se produce la llegada de los inmigrantes, se precisa generalmente de abundante mano de obra sin cualificar para ocupar los puestos que los nacionales dejan vacantes, pero pasado un tiempo se produce una doble situación, por un lado, la economía se estabiliza y por lo tanto se precisa menos mano de obra sin cualificar, y por otro, los inmigrantes son ya de segunda generación y por lo tanto, su nivel cultural es mayor, conocen sus derechos y no se dejan avasallar, por lo que entonces los nacionales (incluyendo inmigrantes de cuarta generación), consideran que los extranjeros inmigrantes están ocupando su sitio en la sociedad. Vid. en este sentido R. LEVEAU y C. WINTHOL de WENDEN: "La duxième generation", en «POUVOIRS», nº 47 (1988), pp. 61-75 y T. BEN JALLOW: "Apostar por la integración", en "Las nuevas invasiones", Temas de Nuestra Época, Suplemento World Media, El País 20 de junio de 1991, p. 20.

de la economía y se produce un importante desarrollo económico en los Estados que se vieron afectados por la Guerra, éstos tienen una gran importancia para los emigrantes, ya que estos países se habían quedado sin mano de obra, a consecuencia del conflicto bélico, y la necesitaban rápidamente y en cantidad para iniciar su despegue económico y la reconstrucción de sus países. En coexistencia, en los países iberoamericanos se inicia un periodo de desarrollo paralelo, ya que son los encargados de proveer de materias primas a Europa y E.E.U.U. Como consecuencia de ello, la mayoría de los países en desarrollo establecen normas que permiten la fácil entrada de trabajadores y, en algunos casos, como el español, fuerzan a los Gobiernos -de los países de origen de los emigrantes- a crear instituciones que dirijan y encaucen el fenómeno migratorio, nace así, en España, el Instituto Nacional de Emigración⁸¹. Junto a la creación de este Instituto para encauzar la emigración se realizan Convenios y Acuerdos con diversos países deseosos de mano de obra o de aumentar su población. Mediante estos acuerdos se establecen las condiciones que tienen que cumplir los españoles para poder salir al extranjero a trabajar, y las correspondientes contrapartidas⁸².

⁸¹ Ley de 17 de julio de 1956 (B.O.E. de 18 de julio). Creación del Instituto Nacional de Emigración. Paralelamente España desarrolla una política dirigida a proteger el vínculo originario de sus emigrantes, en referencia a esta problemática, véase A. ALVAREZ RODRIGUEZ: Nacionalidad y emigración, Madrid, 1990.

⁸² Convenio con Bélgica de 28 de marzo de 1956, ratificado por Instrumento el 25 de abril de 1958 (BOE de 26 de abril de 1956); Arreglo con Bélgica para trabajar españoles en las minas de carbón en Bélgica de 28 de noviembre de 1956 (BOE 26 de mayo de 1958); Orden de 25 de enero de 1960 (BOE 5 y 7 de febrero), sobre reclutamiento de contingentes susceptibles de emigración; Acuerdo de 29 de marzo de 1960 (BOE de 5 de mayo) con Alemania; Convenio de 8 de julio de 1960 (BOE de 5 de agosto) con Argentina; Convenio de 27 de diciembre de 1960,

Este periodo de puertas abiertas para los trabajadores emigrantes, generado por las diferencias de renta entre los Estados, finaliza con el inicio de la crisis económica de 1971, que hace surgir la xenofobia (latente en periodos anteriores: barrios separados, apodos despectivos, peores colegios...) en determinados grupos de personas, se culpa a los inmigrantes de determinados problemas: falta de trabajo, aumento de la delincuencia..., se empieza a aplicar por parte de los Gobiernos, políticas de repatriación, expulsiones administrativas, aumentan las dificultades para adquirir la nacionalidad⁸³.

Pero a pesar de que en la actualidad el problema de los extranjeros inmigrados origina opiniones encontradas en los diversos sectores de la población e, incluso, da lugar a incidentes graves, tenemos que señalar que la política de los Gobiernos Influidos por la Comunidad Internacional, tiende, sin excluir contradicciones que serán objeto de posterior análisis, a ratificado por Instrumento el 28 de junio de 1961 (BOE 5 de agosto), con Brasil; Acuerdo de 25 de enero de 1961 (BOE 28 de febrero), entre Francia y España, sobre trabajadores permanentes y de temporada; Acuerdo de 2 de marzo de 1961, ratificado por Instrumento el 6 de septiembre de 1961 (BOE 9 de diciembre) con Suiza; Acuerdo de 8 de abril de 1961 (BOE de 9 de junio) con Holanda; Convenio de 7 de junio de 1961, ratificado por Instrumento el 8 de marzo de 1962 (BOE de 19 de noviembre) con Cuba; Convenio de 15 de junio de 1964, ratificado con Instrumento el 8 de abril de 1965 (BOE de 19 de enero de 1966) con Austria; Convenio de 11 de enero de 1965, ratificado por Instrumento el 24 de septiembre de 1965 (BOE de 19 de septiembre de 1966) con Paraguay.

⁸³ Ley Bonnet francesa, hoy derogada en algunos aspectos, nueva ley de expulsión francesa; reforma de la Ley de Extranjería Belga, reforma del Código de la Nacionalidad francés origen de manifestaciones. Esta problemática ha sido objeto de análisis en el coloquio organizado por el Consejo de Europa. Vid. Actes du Colloque sur droit de l'homme des étrangers en Europe. Funchal-Madeira (Portugal). 17-19 de octubre de 1983, Estrasburgo 1985.

proteger los derechos personales y familiares de los extranjeros⁸⁴ a pesar de las presiones de determinados grupos sociales⁸⁵. Por ello, podemos decir, que la Comunidad Internacional influencia en sentido positivo el reconocimiento y protección de los derechos personales y familiares por parte de los Estados, aunque, como es lógico, los Gobiernos están más interesados en defender las necesidades de sus nacionales -que son sus votantes- y por lo tanto, pueden ser generosos o imponer límites al disfrute de determinados derechos incurriendo incluso en regulaciones normativas orientadas por distinto criterio⁸⁶, problemática en la que inciden instituciones internacionales y organizaciones supranacionales.

2º.- Colectivos diferenciados en la categoría conceptual genérica de extranjería-

Dentro de la denominación genérica de "extranjero", definida como toda persona que no es nacional, existen colectivos diferenciados de

⁸⁴ Derecho a permanecer en España a pesar de estar en paro, siempre que sea involuntario (art.39.5 del R.D.1119/1986).

⁸⁵ Partidos y Asociaciones neofascistas y también los grupos sociales nacionales de más bajo nivel económico, ya que los extranjeros además de ser sus más directos competidores en el mercado de trabajo, son sus vecinos. Vid. en este sentido A. LIMOUSIN: "L'histoire de l'immigration en France: une histoire impossible", en «POUVOIRS», nº 47 (1988), pp. 5-21.

⁸⁶ El art.27 del Código Civil prácticamente equipara a nacionales u extranjeros, en marcado contraste con la Ley Orgánica sobre derechos de los extranjeros en España de 1 de julio de 1985 (BOE 3 de julio).

extranjeros, que permiten distinguir distintas situaciones subjetivas:

1.- Agentes diplomáticos.

Han sido tradicionalmente personas extranjeras que debido a su misión institucional como representante de un país, gozan de una categoría y un trato especial, la inmunidad diplomática, cuando actúan en misiones referentes a su cargo⁸⁷. Este trato favorable se ha prolongado hasta nuestros días, como muestra la actual Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España que, en su artículo 2, les excluye del ámbito de su aplicación⁸⁸ es decir, que les considera como una categoría especial de extranjeros y les exime de la obligación de inscripción en el Registro de extranjeros y de obtener permiso de residencia, teniendo además, privilegios a efectos de atribución de la nacionalidad española, ya que se les exime de la obligación de ser españoles, a pesar de que, en su caso, sean hijos de padres extranjeros nacidos también en España, siempre y cuando sean «hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en

⁸⁷ Ya las Partidas (7,25,9) aseguraban a los mensajeros que llegaban a la Corte, aunque fueran moros. La inmunidad fue confirmada en la Novísima Recopilación (NoR 3, 9,6). En la Edad Moderna las disposiciones tratan de limitar el aspecto económico judicial, para evitar los abusos que cometían sus criados y agentes. En cuanto a la inmunidad judicial en 1663 se declaró el derecho de los oficiales de la justicia real a pasar con las varas levantadas por delante de las casas de los embajadores, a lo que se oponían los criados de éstos. Vid R. GIBERT: "Los extranjeros en el antiguo Derecho español", cit., p. 165.

⁸⁸ "Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley: a) Los Agentes Diplomáticos y los Funcionarios Consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas de Derecho Internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a la inscripción como extranjeros y a la obtención del permiso de residencia.

España»⁸⁹. En la actualidad las normas que rigen el Estatuto de los agentes diplomáticos y consulares viene recogido en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas⁹⁰.

2.- Los Empresarios extranjeros.

El trato y consideración de los empresarios extranjeros ha variado considerablemente en el Derecho español, con anterioridad al Siglo XIX, y desde la Edad Moderna, existía un marcado proteccionismo y una clara tendencia a la asimilación de los "empresarios" extranjeros, que contrastaba con la resistencia a la equiparación de extranjeros y nacionales, y que estaba motivada tanto por intereses económicos como religiosos⁹¹, así la Novísima Recopilación exigía, para el ejercicio de determinadas actividades: banquero, mercader, profesiones liberales u otros oficios inferiores, la condición de vecinado, es decir de natural al Reino, o bien que el extranjero hiciera juramento de subdito y prometiera fidelidad a la religión católica, al rey y a las leyes, renuncie al fuero, privilegios y

⁸⁹ El art.17.2 del Código Civil, establece, conforme a la Ley 18/1990, de 17 de diciembre: "Son españoles de origen :2) los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos uno de estos hubiera nacido en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España".

⁹⁰ Codificación de normas sobre Agentes Diplomáticos y Consulares. Fue preparada por la Comisión de Derecho Internacional de la O.N.U. basándose en normas que mayoritariamente eran de origen consuetudinario. Fue aprobado el 18 de abril de 1961 y España se adhirió el 21 de noviembre de 1967 (B.O.E. 24 de enero de 1968).

⁹¹ M. ARJONA COLOMÓ: «Extranjero», Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX, Barcelona 1958, Tomo IX, p.410.

protección de extranjería y ofrezca no mantener dependencia, relación ni sujeción civil al país de su naturaleza, ya que en caso contrario sólo podrá ejercer determinadas actividades : comerciantes al por mayor en puertos y plazas de comercio, encargados de cuentas o factores de negocios; pues el extranjero que no fuera avecinado o hubiera prestado juramento de subdito y ejerciera alguna actividad reservada a éstos estaba obligado a salir, en el plazo de quince días de la corte y de dos meses del Reino⁹².

Este proteccionismo y tendencia a la asimilación sufrió un giro total en el Siglo XIX, en esta época, los sucesivos Gobiernos, presionados por la necesidad de potenciar el desarrollo económico español y por los intereses de las potencias extranjeras, propician una legislación muy favorable a la presencia de empresarios y empresas extranjeras. España se encontraba totalmente desfasada del resto de Europa en el plano industrial, pues excepción hecha de pequeños núcleos, el resto del territorio nacional había quedado marginado del proceso de industrialización, lo que llevaba aparejado un importante desfase en infraestructuras y servicios públicos; para acometer la rápida modernización de la economía y sociedad española, presionados por los intereses de las potencias extranjeras, que pretendían explotar los recursos españoles y hacerse con los contratos dirigidos a la modernización e industrialización de España, las autoridades españolas dictaron generosas disposiciones tendentes a la equiparación de los empresarios extranjeros a los nacionales, con objeto de que se instalasen en España e impulsasen la economía española: El Real Decreto de 17 de

⁹² Reales Ordenes de 12 y 21 de julio, 2 de septiembre y otras varias de 1791 (leyes 8,9,10 y sus notas, Título II, Libro, Novísima Recopilación). Vid. J.ESCRICHE: Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, Segunda Edición, Tomo II, Madrid, 1839, pp.123-124.

noviembre de 1852⁹³, el artículo 2º de la Constitución de 1876, artículo 27 del Código Civil y los artículos 15 y 21 del Código de Comercio⁹⁴ y otras

⁹³ El Real Decreto de Extranjería de 17 de noviembre de 1852 configuraba un régimen muy favorable para los extranjeros, equiparandoles prácticamente a los nacionales, debido a la necesidad de atraer capitales y tecnología y a las presiones de las potencias extranjeras que operaban fundamentalmente en el sector minero español. Este Real Decreto reconoce, a los extranjeros, el derecho "a adquirir bienes inmuebles" (art.18); ejercer industria y participar en empresas (art.18); ejercer comercio (arts. 19 y 20); contratar (arts. 29 y 35) y con anterioridad el Real Decreto de 18 de octubre de 1851: transmitir por testamento o ab intestato (art. 28).

⁹⁴ La Constitución de 1868 reconoce un régimen igualitario, en lo que se refiere al extranjero como persona privada y empresario, exceptuándolo de la faceta pública, los arts. 15 y 21 del Código de Comercio reconocen su igualdad a los españoles como comerciante y empresario, y finalmente, el Código Civil de 1889, a pesar de las corrientes europeas que propugnaban un régimen de reciprocidad, refrenda, en su artículo 27, la equiparación en la esfera privada del extranjero con el nacional, excepto lo dispuesto "en tratados internacionales". Esta igualdad era tal, que les era lícito, según el art. 1º del Pliego de Condiciones Generales para la contratación de obras públicas de 18 de marzo de 1903, encargarse como contratista de la ejecución de obras públicas. Este precepto que ya estaba incluido en el Pliego de 11 de junio de 1886, fue limitado por el de 7 de diciembre de 1900, que exigía la condición de español para ser contratista de obras públicas, de acuerdo con este criterio, "prudente y restrictivo", según M. MARTINEZ-ALCUBILLA, el Real Decreto de 21 de diciembre de 1900, dispuso que en lo sucesivo sólo pudiesen ser concesionarios de ferrocarriles y tranvías, Sociedades y Compañías españolas, pero ambas prohibiciones quedaron expresamente derogadas por el Real Decreto de 24 de mayo de 1901, que restableció el precepto del Pliego de 1886, transcrito en el de 1903, "cuya disposición nos parecía grave en las circunstancias de entonces y más nos lo parece en las actuales". El Ministro que adoptó el Real Decreto de 1901, se inspiró, según sus propias palabras, en la idea de mantener el imperio de las leyes y que ningún Decreto pudiera derogar las, opinión no compartida por MARTINEZ-ALCUBILLA, que considera que el art. 2 de la Constitución, el 27 del CC. y el 15 y 21 del Código de Comercio, reconoce el derecho de los extranjeros a establecerse libremente en territorio español y a ejercer en él la industria y el comercio o dedicarse a profesiones "sin que de ningún modo les autorice para ser contratistas de obras públicas o concesionarios de servicios

disposiciones, que ayudaron a configurar un régimen muy favorable para los empresarios extranjeros⁹⁵.

La situación actual, después de la ruptura que supuso la Postguerra española, corregida por el Decreto-ley liberalizador de la economía española de 1959⁹⁶, hay que verla desde dos puntos de vista, en primer lugar haciendo referencia directa al empresario como persona física, figura recogida en la Ley de Extranjería⁹⁷, que señala como condiciones favorables para la concesión de un permiso de trabajo por cuenta propia el que «su concesión implique la creación de nuevos puestos de trabajo o signifique la inversión o aportación de bienes susceptibles de promover el empleo nacional o de mejorar la condiciones en que se preste». Por otro públicos íntimamente relacionados con el orden del Estado". Vid M. MARTINEZ-ALCUBILLA: Diccionario de Administración Pública Española, Sexta edic., Tomo VII, Madrid 1919, p. 507.

⁹⁵ El Estado se comprometía expresamente a no confiscar "las propiedades de los extranjeros, ni aún en el caso de hallarse España en guerra con la Nación a que éstos correspondan" según el art.3 de la Ley de 4 de diciembre de 1855 sobre Derecho de Asilo ; y los arts. 163 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879; art. 30 de la Ley de Ferrocarriles de 28 de noviembre de 1877. Podían defender su persona e intereses o los de su representado ante los Tribunales: arts.29,32,33,35 del Real Decreto de Extranjería de 1852; art.267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870; arts. 51,60 y 534 de la Ley Enjuiciamiento Civil; arts.270 y 281 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

⁹⁶ Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 y sus normas complementarias en particular Decretos de 30 de septiembre de 1959 y 24 de diciembre de 1959.

⁹⁷ El artículo 18.2 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España de 1 de julio de 1985, señala que se valorará favorablemente esta condición a la hora de conceder permisos de trabajo por cuenta propia.

lado, hay que hacer referencia al empresario como persona física o jurídica extranjera que invierte capital en España, estas inversiones de gran importancia para la economía nacional han estado reguladas por el Real Decreto de 25 de junio de 1986, que aprobó el Texto Articulado sobre Inversiones Extranjeras en España. Ha sido derogado por la Ley 18/1992, de 1 de julio, por la que se establecen determinadas normas en materias de inversiones extranjeras en España y que, por efecto de la previsión de regulación por Decreto de esta materia, con referencia legislativa en la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre régimen jurídico de control de cambios, y de la trasposición de la Directiva del Consejo 88/361/CEE de 24 de junio de 1988, de liberalización de movimientos de capitales que tengan lugar entre personas residentes en los Estados Miembros, implica cambiar el criterio en la calificación de las inversiones extranjeras, que en el Real Decreto Legislativo 1265/1986, de 27 de junio, estaba basado en la nacionalidad del sujeto inversor y en la localización, dentro o fuera de España, de los medios con que se efectúa la inversión, mientras que la normativa de la CEE recae en la residencia del sujeto inversor.

3.- Ciudadanos de países calificados como amigos.

Esta situación supone, junto con los agentes diplomáticos y consulares y los empresarios extranjeros, una categoría de "no nacionales" privilegiada. Dentro de esta categoría se puede incluir a los extranjeros nacionales de Estados pertenecientes a Organizaciones Internacionales, así como colectivos que, bien por razones históricas o políticas, reciben un trato preferente, como es el caso de los ciudadanos iberoamericanos, ecuatoguineanos, andorranos, filipinos o los ciudadanos originarios de las ciudades de Gibraltar, Ceuta o Melilla.

Las ventajas que se conceden a estos extranjeros son de diversa índole, aunque las más frecuentes hacen referencia, a la no necesidad de visado para estancias no superiores a tres meses, siempre y cuando no se realicen actividades lucrativas, en el caso de ciudadanos de Países miembros del Consejo de Europa⁹⁸, o bien, la preferencia a la hora de obtener un permiso de trabajo para ciudadanos iberoamericanos, andorranos, filipinos, ecuatoguineanos y personas originaria de Ceuta y Melilla⁹⁹, que se complementa con la posibilidad de adquirir la nacionalidad española por residencia, en un periodo de tiempo inferior al establecido con carácter general¹⁰⁰, no teniendo además que renunciar, a su nacionalidad de origen¹⁰¹, en virtud del Derecho a la doble nacionalidad, ahora también recogido en el artículo 11.3 de la Constitución española de 1978¹⁰².

⁹⁸ Acuerdo de 13 de diciembre de 1957.

⁹⁹ Arts 18.3.f) de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España de 13 de julio de 1985 y art.39.3 c) de su Reglamento de 26 de mayo de 1986 (B.O.E. 12 de junio).

¹⁰⁰ Art. 22 del CC. el periodo de residencia necesario para obtener la nacionalidad española es de diez años, sin embargo en caso de los nacionales de origen de países latinoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal el periodo de residencia en España será sólo de cinco años.

¹⁰¹ Art. 24.2 párrafo 2º del CC.

¹⁰² El reconocimiento de este Derecho por el art. 11.3 CE permite concertar Convenios de doble nacionalidad no sólo con países latinoamericanos, sino también con "países que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España", lo que permite que España pueda hacer en el futuro Convenios con países fuera de la órbita latinoamericana, con los que mantenga por circunstancias diversas una especial vinculación, por esta vía, cualquier evolución de nuestras

Este Derecho a la doble nacionalidad ha permitido que España haya realizado una serie de Convenios con Estados hispanoamericanos¹⁰³, que en líneas generales tienen parecidos caracteres, cuya esencia consiste en: 1) La concesión de la segunda nacionalidad no es automática (salvo en el caso de Guatemala), sino que requiere una serie de condiciones legales parecidas a las exigidas para la adquisición de la nacionalidad por cualquier otro extranjero, salvo el menor tiempo de residencia, con lo que este derecho queda reducido a la posibilidad de conservación de la nacionalidad de origen. 2) Una de las dos nacionalidades es la que condiciona el ejercicio de los derechos (pasaporte, protección diplomática, ejercicio de derechos civiles y políticos y derechos de trabajo y seguridad social y los deberes militares), es decir, una de las nacionalidades es la dominante y efectiva, mientras que la otra permanece latente, y viene determinada la primera por el domicilio¹⁰⁴; por lo que, en realidad, el Derecho a la doble nacionalidad queda relaciones internacionales podrá ser tenida en cuenta, también, desde la perspectiva de la doble nacionalidad. Vid.E. PEREZ VERA: "Comentario al art. 11 apartado 3º", en Comentarios a la Constitución Española de 1978, (dir. O. ALZAGA), Madrid 1984, p. 200.

¹⁰³ Argentina (14-4-1969, BOE 2-10-1971); Bolivia (12-10-1961, BOE 14-4-1964); Colombia (27-6-1979, BOE 29-10-1980); Costa Rica (8-6-1964, BOE 25-6-1965); Chile (24-5-1958, BOE 14-10-1958); Ecuador (4-3-1964, BOE 13-1-1965); Guatemala (28-7-1961, BOE 10-3-1962); Honduras (15-6-1966, BOE 18-5-1967); Nicaragua (27-7-1971, BOE 2-5-1962); Paraguay (25-6-1959, BOE 19-4-1960); Perú (16-5-1959, BOE 19-4-1960) y República Dominicana (15-3-1969, BOE 8-2-1969).

¹⁰⁴ Vid J. M SERRANO ALBERCA: "Comentario al Art. 11", en Comentarios a la Constitución (dir. F. GARRIDO FALLA), Madrid 1985, p. 208-209, en el mismo sentido A. RODRIGUEZ CARRION: Lecciones de Derecho Internacional Público, cit. p. 355.

reducido, en el ámbito de la comunidad hispana, a un sistema que, junto con la supresión del trámite de la renuncia previa a la nacionalidad anterior, consagra un modo especialmente favorable de recuperar a todos los efectos la nacionalidad mantenida latente¹⁰⁵.

4.- Nacionales de Estados Miembros de la CEE.

La Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea ha dado lugar al nacimiento de una categoría especial de extranjeros, los nacionales de Estados Miembros de la CEE, cuya situación jurídica, respecto de la entrada, permanencia y salida de España, queda fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Extranjería¹⁰⁶, al estar regulada por la normativa comunitaria, desarrollada y adaptada por el Estado español¹⁰⁷, que permite a estos extranjeros gozar de un conjunto de ventajas, que no sólo hacen referencia a

¹⁰⁵ Vid. E. PEREZ VERA: "Comentario art. 11, apartado 3º, en Comentarios a la Constitución Española de 1978, cit., p. 197. Teniendo en cuenta, además, que la vigencia de estos Convenios carece prácticamente de valor para los nacionales españoles, que se nacionalicen en alguno de los Estados firmantes de Convenios, ya que desde la reforma de la nacionalidad española introducida por Ley 51/1982, de 13 de julio, cuando la adquisición de nacionalidad se haga por motivos de emigración, pueden mantener las dos nacionalidades plenamente vigentes. Vid. en este sentido A. ALVAREZ RODRIGUEZ: Nacionalidad y emigración, Madrid, 1990, p. 233, privilegio que se mantiene con la reforma del Derecho de Nacionalidad introducida por Ley 18/1990, de 17 de diciembre.

¹⁰⁶ Situación prevista por la propia Ley de Extranjería que, en su art. 3º, admite la modulación del contenido de la Ley en virtud de lo establecido por los tratados internacionales en los que España sea parte.

¹⁰⁷ R.D. 766/1992, de 26 de junio (BOE 30 de junio), que contiene las formalidades a aplicar a los nacionales comunitarios para su entrada, permanencia y salida de España.

la entrada en territorio español¹⁰⁸, sino también a la libertad para trabajar y residir en España durante un período no superior a tres meses, pasando por la concesión de tarjetas de residencia para períodos más largos¹⁰⁹. Trato favorable que no se ha extendido en materia de nacionalidad, en la reciente reforma introducida por Ley 18/1990, de 17 de diciembre, pese a las enmiendas¹¹⁰ presentadas, cuyo contenido iba dirigido a permitir, que los nacionales de Estados Miembros de la CEE pudieran adquirir la nacionalidad por residencia en territorio español de forma privilegiada, reduciendo para ello el período de residencia previo de diez a dos años. Enmiendas a las que se opuso la Diputada Sra. del CAMPO CASASUS del Grupo Parlamentario Socialista¹¹¹, en el trámite de Comisión, al considerar que, aunque la tendencia dentro del marco de las Comunidades Europeas va dirigida a la instauración de una ciudadanía europea, a la que parece lógico que "vayamos juntos los europeos", en ningún Estado Miembro se ha establecido una reducción de residencia para los nacionales de los demás Estados Miembros, a pesar de que, en muchos de ellos, las reformas

¹⁰⁸ Art.5 del R.D. 766/1992, de 26 de junio.

¹⁰⁹ Art.6 del R.D. 766/1992, de 26 de junio.

¹¹⁰ Enmiendas motivadas en la "particular vinculación con España" de los nacionales de Estados Miembros de la CEE: Enmienda nº 17 del Grupo Parlamentario Vasco (BOC, Serie B, nº 14-6, de 9 de mayo de 1990, p. 20); enmienda nº 66 del Grupo Parlamentario Catalán (BOC, Serie B, nº 14-6, de 9 de mayo de 1990, p. 34); enmienda nº 78, del Grupo IU-IC (BOC, Serie B, nº 14-6, de 9 de mayo, p. 40).

¹¹¹ Intervención en Comisión de la Diputada Sra. del CAMPO CASASUS (BOC, Comisiones, nº 119, de 29 de junio de 1990, p. 3597).

en la legislación sobre la nacionalidad han sido recientes y cuando ya eran Estados Miembros de la CEE¹¹².

La creación de una ciudadanía comun europea para los nacionales de Estado Miembros de la CEE es hoy casi una realidad con la firma del Proyecto de Tratado de Unión Europea el 7 de febrero de 1992, que estipula la creación de una ciudadanía comun a todos los nacionales de los Estados Miembros y que con el reconocimiento de la libre circulación y del Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales y al Parlamento Europeo, supone un paso transcendental para la consecución de la Unión Europea, rompe con ello, las barreras de la nacionalidad, permite la libre circulación y residencia de los nacionales de los Estado Miembros, y superpone a la nacionalidad de cada Estado Miembro la ciudadanía de la Unión¹¹³.

5.- Extranjero de paso y extranjero residente.

Distinción de categorías de extranjeros, que podríamos denominar clásica, ya que ha estado presente, aunque con distinta terminología y contenido variable, en las diversas disposiciones legales que ha regulado la condición de los extranjeros. La Novísima Recopilación hace distinción

¹¹² Enmiendas que fueron rechazadas por votación en el trámite de Comisión (BOC Comisiones, nº 119, de 29 de junio de 1990, p. 3598).

¹¹³ Art. 8, título II, Segunda Parte, Ciudadanía de la Unión, del Proyecto de Tratado de La Unión Europea, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Comunidad 1992, y en Serie Menor, Ed. Civitas, Madrid 1992, con Introducción de M. ALONSO GARCIA. Vid. item, comparecencia del Gobierno para informar sobre la Cumbre del Consejo Europeo de Maastricht (BOC Pleno y Diputación Permanente, Año 1991, Nº 155, p. 7759).

entre avecinados, a los que se considera naturales al Reino, domiciliados y transeuntes, concediéndoles a cada categoría distintos derechos y obligaciones¹¹⁴; el Real Decreto de Extranjería de 17 de noviembre de 1852, diferenciaba entre extranjeros domiciliados y transeuntes, siendo aquellos los establecidos con casa abierta o residencia fija o prolongada por tres años y bienes propios o industria y modo de vivir conocido, en el territorio de la Monarquía, con el permiso de la autoridad civil de la provincia, y considerando transeuntes a los extranjeros que no tengan fija su residencia en el el Reino¹¹⁵.

En la actualidad nuestro ordenamiento diferencia entre extranjeros de paso y extranjero residente en España, ya que éstos gozan de mayores derechos¹¹⁶ debido a que para tener la categoría de extranjero residente es

¹¹⁴ Los avecinados, gozaban de los mismos derechos y estaban sujetos a las mismas cargas y contribuciones, a las mismas leyes y a los mismos tribunales que los naturales del país (Leyes 3,5, 8, y 9 , Título II, Libro 6 de la Novísima Recopilación, nota 13, Título 18, libro 6 de Novísima Recopilación). Los extranjeros transeuntes, que podían dedicarse al comercio al por mayor, estaban exentos de cargas concejiles, servicios personales y pago de contribuciones, pero no de los derechos de aduana, cientos, millones, alcabalas y consumos (Ley 3, Título II, Libro 6 de la Novísima Recopilación y Real Orden de 11 de agosto de 1837) Vid. J. ESCRICHE: Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, Segunda edic., tomo Segundo, Madrid, 1839, pp.124-125.

¹¹⁵ Art. 4 y 5 del Real Decreto de 17 de noviembre de 1852. Vid. M. MARTINEZ ALCUBILLA: Diccionario de la Administración Española, tercera edic., Tomo IV, Madrid 1878, p. 690

¹¹⁶ La Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España de 1 de julio de 1985 en su Título I establece las bases para el ejercicio de una serie de Derechos y Libertades por los extranjeros, señalando en algunos supuestos: Derecho al ejercicio del sufragio activo en las elecciones locales (art. 5º), Derecho a promover reuniones en lugar cerrado o en la vía

preciso estar en posesión de un permiso de residencia¹¹⁷, lo que supone un control por parte del Estado de la persona del extranjero y, por lo tanto, una cierta garantía de su conducta posterior en España.

Los calificados como extranjeros de paso tienen como referencia peculiar la relativa a la actividad turística y a los efectos económicos inducidos que presenta, como son los fenómenos de atracción y, al mismo tiempo de selección de visitantes turísticos extranjeros, en función de niveles de capacidad adquisitiva.

6.- Los refugiados.

Forman otra categoría de extranjero reconocida como tal por la Comunidad Internacional. Los refugiados se configuran como una categoría de extranjeros muy recientemente, pues aunque se empieza a tener conciencia de su existencia en los "años 20"¹¹⁸, no es hasta después de la publica(art. 7º), la necesidad de que el extranjero sea residente legal en España, exigencia que, si bien en el desarrollo de otros Derechos no se establece directamente en la Ley de Extranjería, es impuesta por las leyes especiales que los desarrollan, como el Derecho a la Educación o por la esencia del propio Derecho, como el Derecho a la afiliación sindical, que según el art. 10 de la Ley de Extranjería podrán ejercer los trabajadores extranjeros, que se hallen legalmente en España, lo que supone según la propia Ley, que cuenten con permiso de trabajo y residencia.

¹¹⁷ Art. 13.1 b) de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España.

¹¹⁸ Rusos blancos y armenios que emigraron a consecuencia de la Revolución Rusa. Hasta 1924 fueron tratados en Francia como si el Antiguo Régimen siguiera existiendo, cuando fué reconocida la U.R.S.S. por Francia, la nueva legislación soviética sólo fué aplicada en las relaciones de Derecho Público, consecuencia de lo cual los refugiados rusos tuvieron muchos problemas, pues en virtud del nuevo derecho habían perdido su nacionalidad y no habían adquirido otra, con lo que se les privaba de las prerrogativas que tenían otros extranjeros cuyos Gobiernos

2ª Guerra Mundial cuando existe una verdadera protección por parte de la Comunidad Internacional. En 1943, se organiza la Conferencia de Bermudas con intención de discutir el tema de los refugiados, fruto de esta Conferencia es la primera definición internacional de refugiado: como la persona obligada a dejar su país de origen por una amenaza para su vida o para su libertad a causa de su raza, su religión u opiniones políticas; definiciones parecidas se adoptaron en la constitución de la Organización Internacional para los refugiados (OIR) y en los Acuerdos de Londres de 1946 sobre la concesión de un título de viaje a los refugiados. Estos intentos de definición y protección de los refugiados cuajan en el Convenio de la Naciones Unidas, realizado en Ginebra en 1951. Este Convenio nace con bastantes limitaciones, pues solo hacía referencia a los refugiados europeos y a situaciones producidas antes de 1951, sin embargo, es preciso señalar, que a pesar de sus limitaciones, es opinión común, que un acuerdo internacional con contenidos parecidos no podría llegar a ser adoptado en la situación política actual, pues este Convenio de 1951 se adopta en unas circunstancias muy precisas: en plena "Guerra Fria", tras el descubrimiento

habían firmado tratados con Francia. Las Naciones Unidas trataron de solucionar estos problemas, para ello se formalizó un Acuerdo en Ginebra, el año 1928, en el cual se recomendaba no se les aplicase el principio de reciprocidad como a otros extranjeros; con posterioridad un nuevo Acuerdo de las Naciones Unidas de 28 de octubre de 1933 obliga a que se les asimile a los nacionales, sin embargo, este Convenio no entró en vigor por falta de suficientes países firmantes. Vid. «RCDIP». 1936, pp. 57 y 58. Vid. sobre la problemática de los apátridas y refugiados en las primeras décadas del Siglo XX los estudios de FRANCOIS, J. : "Le problème des apatrides", en «Rec. des Cours», 1935, T. 53, pp. 285-375 y E. REALE: "Le droit d'asile", en «Rec. des Cours», 1938, T. 63, pp. 473-599.

de mano de obra para la reconstrucción europea¹¹⁹.

La aprobación del Protocolo a este Convenio en 1967¹²⁰, amplía el ámbito de protección del mismo, ya que termina con la limitación temporal y geográfica, aunque hay Estados que, todavía hoy, aplican ésta última limitación¹²¹.

El Convenio de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967, cuyo efecto más importante es el de garantizar por parte del Estado de acogida el "no refoulement" del refugiado, es decir que no será expulsado, extraditado ni devuelto a su país de origen¹²², proporcionan una definición del concepto, útil y clara, aunque utilicen términos relativamente indefinidos como "miedo bien fundado de persecución". Con el tiempo se ha hecho habitual, para precisar la noción de persecución, ligar este término a la de violación de Derechos Humanos, es decir se solicita y se concede el asilo porque la persona teme sufrir o ha sufrido una violación en su persona de alguno o algunos derechos humanos en su país de origen; por supuesto, no toda violación de derechos humanos puede ser considerada como una persecución, es preciso que tengan un cierto grado, y que sea su vez debido a una

¹¹⁹ Vid. G. MELANDER: "Les refugies et les droits de l'homme", en Colloque franco-suedois sur "Les nouveaux enjeux des droits de l'homme" (Stockholm, 20-21 abril 1989), «RDP», sep-oct 1990, pp.1326-1327.

¹²⁰ Convenio sobre el Estatuto del Refugiado O.N.U. Ginebra 28 de julio de 1951 y su Protocolo Adicional de 31 de enero de 1967 a los que España se adhirió por Instrumento el 22 de julio de 1978 (B.O.E. 21 de octubre).

¹²¹ Como son Turquía e Italia.

¹²² Art.33 del Convenio de Ginebra.

determinadas causas: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un cierto grupo social, religión o opiniones políticas¹²³, lo que deja fuera la persecución por razón del sexo o preferencias sexuales. Precisar el grado necesario de violación es competencia de cada Estado signatario del Convenio, por lo que no resulta extraño que en cada país la práctica sea diferente¹²⁴.

La imposibilidad de demostrar una violación grave de los derechos humanos deja fuera a una serie de "refugiados" o demandantes de asilo producidos por la Comunidad Internacional contemporánea y que, en realidad, forman el mayor contingente: los "refugiados en masa" y los "refugiados de hecho", los primeros son los colectivos de refugiados originados por causas humanas, es decir conflictos armados y otras situaciones de grave alteración de la convivencia (no producida por desastres naturales), que sólo tienen una consagración expresa de su condición de refugiado, en el Derecho Positivo, en el Artículo 1 del Convenio de la O.U.A. de 1969¹²⁵, ya que, aunque este Convenio no reconoce a estos

¹²³ Art. 1 del Convenio de Ginebra

¹²⁴ G. MELANDER: "Les refugies et les droits de l'homme", en Colloque franco-suedois sur "Les nouveaux enjeux des droits de l'homme" (Stockholm 20-21 abril 1990), cit., p 1329.

¹²⁵ El art. 1 p/2 del Convenio de la O.U.A. de 10 de septiembre de 1969 dice: "El término refugiado se aplica igualmente a toda persona que por razón de una agresión, una ocupación exterior, una dominación extranjera o acontecimientos que lesionen gravemente el Orden Público en una parte o en la totalidad de sus países de origen o del país cuya nacionalidad ostente, se ve obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro país, fuera de su país de origen o del país cuya nacionalidad tienen". Sobre el tema P. WEIS: "The Convention of the Organization of African Unity Governing. The specific aspects of refugee problems in Africa" en

"refugiados en masa", el Estatuto de refugiado, de una manera individualizada, persona por persona, sí reconoce que en "conjunto" tales personas tienen la calidad de refugiado. De estas persona se ocupa activamente el A.C.N.U.R.¹²⁶ a través de sus campos de refugiados, y de la reinserción de grupos de refugiados en países de acogida.

Los "refugiados de hecho o de facto" son definidos¹²⁷ como personas que no están reconocidas como refugiados en el sentido del artículo 1 del Convenio relativo al Estatuto de los refugiados de Ginebra de 1951 tal como fue enmendado por el Protocolo de 1967, y que no pueden, por razones que se reconocen como válidas, retornar a sus países de nacionalidad, o si no tiene nacionalidad, al país de su residencia habitual¹²⁸. Estos refugiados

«HRJ». 1970, pp.449-465.

¹²⁶ Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

¹²⁷ Cfr. MARIÑO MENENDEZ, F. : "El concepto de refugiado en un contexto de Derecho Internacional General" en «REDI». 1983, pp.345. Vid. una síntesis sobre la problemática del régimen de asilo, refugio y la situación de apatridia en A. RODRIGUEZ CARRION: Lecciones de Derecho Internacional Público, cit, pp. 359-365.

¹²⁸ Esta categoría recoge a delincuentes políticos no extraditados, exilados y cripto-refugiados, solicitantes de residencia y refugio rechazados, prófugos y desertores por razones válidas, personas todas ellas que no pueden considerarse como refugiados en sentido propio, que, como señala M. RICCI, forman la mayoría de los refugiados residentes en su país, Italia, personas que careciendo de los mas elementales derechos humanos, no pueden además solicitar la protección de sus países de origen, y dado que el país de acogida, la única protección que les otorga es no expulsarles, su situación es francamente mala. Cfr. M RICCI: "Lo straniero in Italia" en «VI». Documenti e Informazioni 1985(8), pp. 26. Es preciso señalar que Italia aplica la limitación geográfica al Convenio de Ginebra y su Protocolo, lo que supone que sólo considera como refugiados a las personas que huyen de los países del Este de Europa, y por lo tanto, no considera como tales a las personas que huyen de otros países, lo que explica el gran número de "refugiados de hecho" en

son los más numerosos en Europa y los que mayores problemas presentan, porque pasan a engrosar las filas de extranjeros ilegales¹²⁹, ya que no se les concede el Estatuto de refugiado pero tampoco quieren salir del país de acogida. Existen también los llamados "refugiados en órbita", que son en esencia personas no reconocidas definitivamente como refugiados en sentido propio por ningún Estado, por una razón, porque no hay acuerdo entre los Estados con los que el "buscador de refugio" haya tomado contacto, respecto a cual de ellos debe de otorgar su protección¹³⁰.

En España, la concesión de Asilo y del estatuto de refugiado es regulada conforme a la Ley 5/1984, de 26 de marzo¹³¹, que, como la propia Exposición de Motivos señala, cumple con el mandato constitucional¹³² y su territorio.

¹²⁹ En Italia representan el mayor número de extranjeros clandestinos como señala M.RICCI: "Lo straniero in Italia", en «VI», cit., pp.26 y 27.

¹³⁰ La solución consiste en determinar cuales son las obligaciones del Estado de "primer asilo" de "segundo asilo" etc. antes que en dar precisión al concepto de refugiado, mediante acuerdos entre los Estados interesados por medio de Convenios Internacionales adecuados. En este sentido, F.MARIÑO MENENDEZ: "Concepto del refugiado en el contexto del Derecho Internacional General" en «REDI» 1983. El problema es tan grave, que el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990, del que España es parte, contiene un Capítulo, el 7º, que estudiaremos más adelante, dedicado exclusivamente a establecer un conjunto de reglas destinadas a determinar que Estado Parte es el responsable de examinar la solicitud de asilo, con objeto de evitar la existencia de estos "refugiados en órbita", teniendo un contenido similar el Convenio de Dublín, aún en periodo preparatorio, y a celebrar entre los Estados Miembros de la CEE,

¹³¹ (B.O.E. 24 de marzo).

¹³² Art. 13.4 de la Constitución Española de 1978: "La ley establecerá los términos en que

es, a su vez, complementario del Convenio de Ginebra y de su Protocolo Adicional.

La Ley 5/1984 distingue dos supuestos¹³³: la concesión de asilo y el reconocimiento de la condición de refugiado, en lo que respecta a la concesión de asilo es preciso señalar que el artículo 1º de la Ley, lo considera como una concesión graciable del Estado, mientras que el estatuto de refugiado se obtiene sobre bases objetivas, conforme a lo establecido en los Convenios internacionales firmados por España, según establece el art. 22.1 de la Ley. Esta distinción tiene como consecuencia que en el caso de denegación de la condición de refugiado el solicitante tiene abierta la vía contenciosa (art. 24 de la Ley), mientras que en el caso de la denegación del asilo, dado su carácter graciable, esta vía está cerrada¹³⁴.

los ciudadanos de otros países y los ápatridas podrán gozar del derecho de asilo en España". Vid. M. COBO DEL ROSAL: "Comentario al art. 13.4" en Comentarios a la Constitución Española de 1978, (dir. O. ALZAGA), Tomo II, Madrid, 1984, p. 253-261; J.M. SERRANÓ ALBERCA: "Comentario al art. 13.4" en Comentarios a la Constitución, (dir F. GARRIDO FALLA), Madrid 1985, pp. 242-253.

¹³³ Según reciente información, el Ministerio del Interior va a proponer cambios en la legislación sobre asilo, al objeto de suprimir la figura del derecho de asilo y mantener únicamente la de refugiado, quedando de este modo englobadas las garantías del asilo en la que actualmente conlleva la condición de refugiado, que es la internacionamente reconocida, unificando de este modo en una sola figura lo previsto hasta ahora en dos. Cambio que a primera vista parece inocente, pero que no lo es, pues impide la concesión de asilo a aquellas personas que no puedan ser catalogadas como refugiados según lo establecido en el Convenio de Ginebra y su Protocolo Adicional, lo que en realidad viene a significar, que el Derecho de asilo se va a recortar en España, si se produce esta modificación legislativa.

¹³⁴ Vid. R. GARCIA MACHO: "El Derecho de Asilo y del Refugiado en la Constitución

Las condiciones políticas y económicas de los países menos desarrollados y el cierre de las fronteras a la inmigración han propiciado, que en los Estados Miembros de la CEE, el número de solicitantes de asilo se haya disparado en los últimos años y haya llegado a 349.000, en 1989¹³⁵, considerándose a muchos de ellos refugiados "económicos", pues muy pocos han dejado su país de origen por violaciones individuales de sus derechos humanos, sino por motivos económicos, sociales y políticos, lo que ha llevado a un endurecimiento de las condiciones para obtener el asilo y a la puesta en marcha de medidas disuasorias¹³⁶, situación que ha producido algunas situaciones injustas.

En un intento de racionalizar y solucionar los problemas derivados de la situación de los refugiados en los Estados Miembros de la CEE y de la falta de armonización de sus políticas de asilo, el Parlamento Europeo en su Resolución de 12 de marzo de 1987, sobre los problemas del derecho de Española", en Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Prof. E. García de Enterría, T. II, De los Derechos y Deberes Fundamentales, Madrid, 1991, pp.796

¹³⁵ J. LASCOUX: "Como ser un emigrante legal", en "Las nuevas invasiones", Temas de Nuestra Epoca, Suplemento World Media, "El País" 20 de junio de 1991, p. 9.

¹³⁶ Muchas de las medidas que las autoridades designan como medidas de disuasión se pueden considerar que están en contradicción con los Derechos del Hombre, así la formula del "no justificada" (la petición del derecho de asilo) permite rechazar rapidamente la demanda, sin que se pueda estudiar despues, ni de oficio ni por un tribunal. Tambien la obligatoriedad de vivir en "campos de acomodación" mientras dura el estudio de la petición de refugio, o la obligatoriedad de realizar trabajos no remunerados. Estos hechos fueron puestos de manifiesto por CH. PILLWEIN durante su intervención en el "Colloque sur droits de l'homme des étrangers en Europe". Actes du Colloque...Funchal.Madeira (Portugal), cit., p.267.

asilo¹³⁷, insta a los Estados Miembros a que adopten una postura más generosa frente a los solicitantes de asilo. Para llevar a cabo esta política, el Parlamento Europeo propone que se observen, entre otras, las siguientes directrices: estima conveniente que el Manual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, relativo a procedimientos y criterios que deben aplicarse en el reconocimiento de la condición de refugiado, así como la definición de refugiado dada en la Convención de la OUA, sirvan de base en la tramitación de las solicitudes de asilo; considera necesario que las solicitudes se tramiten escrupulosamente y rápidamente, escuchando al interesado en un idioma que domine y si fuese necesario, con ayuda jurídica gratuita; estima que resulta necesario distinguir entre país de la primera entrada y el país de asilo, ya que deberá permitirse al solicitante elegir libremente su país de asilo dentro de la Comunidad Europea, con lo que la concesión de asilo es competencia exclusiva de dicho país, estimando por ello que es preciso una armonización en los procedimientos nacionales en materia de asilo; considera que las razones de denegación de asilo han de ser objeto de una exposición de motivos suficiente y escrita y que dicha resolución negativa deberá ser recurrible ante una instancia jurídica independiente con efecto suspensivo; estima conveniente la concesión a los refugiados reconocidos de los mismos derechos y obligaciones que los ciudadanos miembros de la Comunidad y considera necesario un apoyo económico a las organizaciones dedicadas a la ayuda a los refugiados y que se establezcan compensaciones entre Estados Miembros según el grado de afluencia de solicitantes de asilo, recomienda como clave de reparto la que se aplica al presupuesto de la CEE.

¹³⁷ DOCE C 99, 13.4.78, p. 167-171.

Frente a esta generosa posición del Parlamento Europeo, los Estados Miembros de la CEE, ante el constante incremento de solicitudes de asilo y la apertura de fronteras interiores, prevista para el año 1995, han endurecido su posición.

La creación del "Grupo ad hoc sobre Inmigración" y la firma del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 y de su Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990, es visto por el Parlamento Europeo, en sus Resoluciones de 23 de noviembre de 1989, 15 de junio de 1990, 22 de febrero de 1991 y 13 de diciembre de 1991¹³⁸, como una amenaza para los Derechos humanos, no sólo de los refugiados, sino de cualquier inmigrante, dada la mezcla de situaciones que contempla: asilo, narcotráfico, terrorismo... y al secreto con que han sido llevadas a cabo las conversaciones, a pesar de de las peticiones de total transparencia en el trabajo de los distintos organismos Intergubernamentales compuestos por alguno o por la totalidad de los Estados Miembro.

Los Parlamentos nacionales no han sido informados de las negociaciones¹³⁹ y actividades de los organismos intergubernamentales que se

¹³⁸ DOCE C 323, 27.12.89, p. 98; DOCE C 175, 16.7.90, p. 170; DOCE C 72, 18.3.91, p. 214 y DOCE C 13, 20.01.92, p.468.

¹³⁹ La denuncia sobre la falta de información de los temas tratados durante las negociaciones de Acuerdo de Schengen y de su Convenio de aplicación ha sido común entre los distintos Parlamentos nacionales. En el caso concreto de España, la falta de información sobre las negociaciones preparatorias a la firma del Convenio de aplicación al Acuerdo de Schengen, fue manifestada por varios parlamentarios, pertenecientes a distintos Grupos Políticos, durante la comparecencia del Ministro del Interior, a petición de Grupo Parlamentario Popular, ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, para informar sobre la posición española en relación a la propuesta alemana de seguridad e interior y las consecuencias interna que para España tiene la firma del Tratado de Schengen (BOC Congreso de los Diputados,

ocupan de la supresión de los controles fronterizos y de la libre circulación, teniendo en cuenta, que la Proposición de Directiva relativa a la coordinación de las disposiciones en materia de asilo y de condición de refugiado, "considerada por muchos organismos que trabajan en el ámbito de los derechos humanos como un paso positivo en la dirección adecuada, ha sido arrinconada debido a la fuerte oposición de determinados Estados Miembros y parece que ha sido sustituida por un Convenio¹⁴⁰ firmado entre los doce Estados Miembros de ámbito y aplicación mucho más limitados y que ha sido elaborado en un foro no comunitario, que, en consecuencia, escapa a cualquier control por parte de la instituciones comunitarias, especialmente el Parlamento Europeo"¹⁴¹.

Comisiones, Justicia e Interior, año 1991, Nº 365). El Parlamento Francés aprobó el 4 de junio de 1991, la ratificación de los Acuerdos de Schengen (Acuerdo y Convenio de aplicación), no sin reticencias iniciales, al opinar la derecha parlamentaria, que la apertura de fronteras interiores entre los seis Estados que forman parte del Grupo de Schengen (Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo, Holanda, Bélgica, a los que posteriormente se han unido Portugal y España) facilitará la entrada de inmigrantes clandestinos y delincuentes, ante la respuesta del Ministro de Asuntos Europeos, Elisabeth Guigou, de que se prevé una "estrechísima colaboración" entre las autoridades de los Estados Miembros, fueron ratificados los Acuerdos con los votos de la derecha que se sumaron a los de los socialistas. Vid "El País", 5 de junio de 1991, p. 2.

¹⁴⁰ El convenio referido por el Parlamento Europeo es el Convenio de Dublín, firmado el 15 de junio de 1990, por once Estados Miembros, entre ellos España, (excepto Dinamarca que se comprometió a firmarlo antes de final de 1990) como específicamente lo declaró el Ministro del Interior, Sr. CORCUERA en su comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados. (BOC Comisiones, Sesión 44, Año 1991, Nº 365, p. 10785).

¹⁴¹ Considerandos B, C y D de la Resolución de 14 de junio de 1990. Es preciso señalar la postura contraria del Parlamento a la constitución del «Grupo ad hoc», dado su especial carácter, ya que este Grupo funciona en el marco del Derecho Internacional, fuera del marco comunitario,

Las críticas vertidas por el Parlamento Europeo al Acuerdo de Schengen, a su Convenio de aplicación, al Grupo ad hoc y al Convenio de Dublín¹⁴² ponen de manifiesto la falta de armonización¹⁴³, que en materia de legislación sobre asilo y refugio, existe en la CEE, así como la escasa voluntad de desarrollar una política común en la materia, sin embargo, es posible contemplar de forma más optimista estos Acuerdos, aunque lamentado que la política en materia de asilo no se lleve a cabo dentro del pero del cual es "miembro" la Comisión de las CEE, y que aunque este «Grupo ad hoc» no sea una institución comunitaria, es la Secretaría General del Consejo la que se encarga de la secretaría del mismo, posición del Consejo que queda aún más clara " en el sentido de que los gastos con cargo al presupuesto comunitario sólo pueden hacerse de conformidad con un fundamento jurídico creado por el Consejo y que, aunque la secretaría del "Grupo ad hoc" no sea un órgano comunitario, sin embargo, sus gastos corren a cargo del presupuesto del Consejo". Vid "Vistos" de la Resolución del 14 de junio de 1990, cit.

¹⁴² De este Convenio de Dublín se carece hasta el momento de texto y fecha de entrada en vigor, la única referencia sobre su contenido es la aportada por la "Respuesta" dada en nombre de la Comisión a una pregunta escrita presentada por la parlamentaria europea Sra. PIERMONT, en dicha "Respuesta" se señala lo que respecta a su contenido, que establece "los criterios por los que se determinará cual es el Estado Miembro responsable del examen de una solicitud de asilo que haya sido presentada ante un Estado Miembro de la Comunidad", y que el Convenio entrará en vigor "el primer día del tercer mes siguiente al depósito del instrumento de ratificación del Estado signatario que realice el trámite en último lugar". Vid. Respuesta dada por el Sr. BANGEMANN, en nombre de la Comisión (22 de enero de 1991) a las Preguntas Escritas de la Sra. Dorothee Piermont. (DOCE C 141, 30.5.91, p.17).

¹⁴³ Armonización, que no es deseada por los Estados Parte del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, como pone de manifiesto J.-Ch. PEACELLE (Secrétaire des Affaires étrangères): "L'immigration et la libre circulation des personnes en Europe: enjeux et perspectives.", en «RFDA», 9(4), 1990, p. 521.

ámbito comunitario y, que por lo tanto, quede fuera del control del Parlamento Europeo.

El endurecimiento de las fronteras exteriores derivado de la entrada en vigor del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, derivará probablemente en la disminución de solicitantes de asilo y refugio, con lo que los verdaderos refugiados verán satisfechas sus demandas de asilo¹⁴⁴, además, la entrada en vigor del Convenio de aplicación al Acuerdo de Schengen y del Convenio de Dublín permitirá que desaparezca uno de los problemas más importantes y dolorosos referidos al asilo: "los refugiados en órbita", ya que con la aplicación de la medidas acordadas en ambos, se determinará qué Estado Parte será el responsable de examinar la solicitud de asilo. Situación que si bien no permitirá la elección de país de asilo, evitará el lamentable espectáculo de ciudadanos extranjeros en busca de asilo de Estado en Estado y, como consecuencia de la política de asilo a aplicar por el Convenio, obligará a los Estados Parte a la readmisión de solicitantes de asilo que se hallen de forma irregular en el territorio de otro Estado Parte y a tener que asumir la responsabilidad del examen de solicitud de asilo de miembros de la familia de refugiado; de este modo, las políticas nacionales en materia de asilo tenderán a su armonización, ya que ningún Estado Parte podrá permitirse un comportamiento distinto al de los otros Estados

La tensión entre demandantes de asilo y posibles Estados de acogida, nos permite ver que el problema actual, en cuanto a los refugiados, en el ámbito europeo, estriba en intentar conciliar una política firme, que evite

¹⁴⁴ Vid. M. BOSSUYT: "Pour une politique intégrée en matière de réfugiés mieux adaptée aux circonstances actuelles" en «RTDH», 1990, nº 3, p.264.

las oleadas de refugiados "económicos", con la letra y el espíritu de la Convención de 1951 y textos que la conforman, ya que, aunque la tentación de crear una Europa "fortaleza" es muy fuerte, no hay que olvidar que cuando las personas están en situaciones económicas y sociales irresistibles ninguna medida de disuasión les detiene¹⁴⁵. No debiendo tampoco olvidar, viviendo en el "paraíso" de Derechos Humanos, las causas de los grandes éxodos: las guerras, la injusticia, la pobreza, que en gran medida hemos contribuido y contribuimos a crear y que son a su vez la causa de la existencia de los "refugiados en masa".

3º.- Colectivos diferenciados de extranjeros: sus consecuencias sobre la positivación del concepto de extranjero. La primacía de los derechos de la persona y de los derechos sociales sobre los individuales.

Las distintas situaciones conectadas a las categorías diferenciadas de extranjeros, obliga a detectar la existencia de prerrogativas en unos de las que carecen otros, ello es consecuencia de la dinámica que influye en la interrelación y en los equilibrios entre Derechos Personales-Derechos

¹⁴⁵ R. PERINGOUX: "L'Europe et les refuges" en Colloque franco-suedois sur "Les nouveaux enjeux des droits de l'homme" (Stockholm 20-21 avril 1989), en «RDP», sep-oct. 1990, p.1323. Ejemplo claro de ello son las oleadas de albaneses que durante el año 1991, han intentado por todos los medios, y a pesar de las medidas disuasorias del Gobierno Italiano, alcanzar las costas italianas poniendo su vida en peligro, situación que ha llevado a la República Italiana a procurar ayuda económica a Albania, a cambio de que las autoridades albanesas impidan la salida de sus ciudadanos; así como las muertes de marroquíes, en 1991-92, en su intento de cruzar el Estrecho de Gibraltar en barcas que carecen de las mínimas condiciones de navegación.

Familiares-Derecho Estatal y Derecho de la Comunidad Internacional, interrelación que tiene mayor nivel de conflictividad en la categoría jurídica de "refugiado", como persona que discrepa de la ideología o de la situación de su país y cuya discrepancia es reconocida por otros Estados de la Comunidad Internacional en base a los Derechos de la Persona.

En las situaciones diferenciadas de los extranjeros se observan cambios en el ámbito institucional, estatal y supraestatal, con el paso de reconocer y proteger los Derechos personales y familiares, a iniciar la protección de los Derechos Sociales¹⁴⁶. Este nuevo planteamiento se debe a que el Derecho, que aún es tributario de los principios liberales-individualistas, evoluciona hacia principios colectivos o sociales¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Tendencia recogida en la Constitución Española de 1978, que los diferencia en su estructura, ya que los planteamientos actuales van evolucionando a Derechos sociales. Así, el Título I de la Constitución de 1978 recoge "De los Derechos y Deberes Fundamentales", en el Capítulo Segundo de este Título I "Derechos y Libertades" y, en el Capítulo Tercero se expresan "los principios rectores de la Política social y económica". Como el Prof. PEREZ-LUÑO señala, "uno de los fenómenos más interesantes que registra la evolución de la titularidad de los Derechos fundamentales en los últimos años es la tendencia a ampliar la legitimación estrictamente individual a la defensa de los intereses colectivos o difusos...se trata, en suma, de institucionalizar nuevos medios para la defensa jurídica de intereses que no se pueden considerar privativos de una persona o de un grupo, por incidir en las facultades e intereses de los ciudadanos en su conjunto". Vid. su obra: Los Derechos Fundamentales, Madrid 1984, p.209

¹⁴⁷ La ampliación en el artículo 9.2 de la Constitución Española de 1978 de los principios de libertad e igualdad de los individuos a los grupos, es una buena muestra de ello; esta referencia introducida por el Grupo Parlamentario Socialista y defendida por el entonces Diputado Sr. Peces-Barba, ha sido criticada por diversos autores: el Prof. Varela y el Prof. Alzaga, sin embargo, el Sr. Peces-Barba considera que tales críticas no son válidas, ya que esta inclusión "es una positiva contribución a la socialización y a la ampliación de la democracia a la sociedad civil, que pretende que los progresos formales del Derecho puedan convertirse en reales por impulso de los poderes públicos y que este esfuerzo alcance tanto a los individuos como a los grupos".

Dentro de la política de protección internacional de los Derechos personales y sociales se encuadran los convenios de extradición, que son una manifestación de la influencia de la Comunidad Internacional en el Derecho del Estado¹⁴⁸.

Todo ello implica que a pesar de ser válida la definición negativa de extranjero como no nacional, también tiene contenidos positivos como son los expresados en los siguientes aspectos:

1.- Las menores diferencias en el disfrute de los Derechos personales, de tal modo que se constata la progresiva tendencia a la equiparación entre nacionales y extranjeros¹⁴⁹.

2.- El hecho de que, cada vez en mayor medida, la protección de los derechos individuales se amplie a los derechos colectivos o sociales, de tal modo que se da respuesta a los problemas de colectivos extranjeros como es el caso de emigrantes¹⁵⁰ y refugiados¹⁵¹.

G.PECES-BARBA en "Reflexiones sobre la teoría de los derechos fundamentales en la Constitución" en «Revista de Derecho de la Universidad Complutense». Monográfico nº2. (1978-1981), p. 44.

¹⁴⁸ Vid. F. MARIÑO MENENDEZ: "Doctrina del Tribunal Constitucional en materia de extradición: la Sentencia en el asunto Korkala", en De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho (dir. L. MARTIN-RETORILLO), Zaragoza 1985, pp.450-470.

¹⁴⁹ Lo que se demuestra que la Constitución Española de 1978 en cuyo artículo 13.1 se reconocen los Derechos y Libertades del Título I de la Constitución a los extranjeros aunque en el mismo artículo se comprueba su supeditación a "los términos que establezcan los tratados y la ley".

¹⁵⁰ Convenio Europeo del Trabajador Migrante de 24 de noviembre de 1977.

¹⁵¹ Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 y su

3.- La Comunidad Internacional cada vez tiene una mayor preocupación por mantener una postura de coherencia en planteamientos integradores. Aunque muchos intentos de conseguir soluciones coherentes a nivel internacional se han quedado en proyecto, también es cierto que estos intentos demuestran la existencia de una sensibilidad hacia los problemas de los extranjeros y su intención de solucionarlos, y además estos proyectos pueden llegar a institucionalizarse.

4.- Hay que señalar que el hecho de definir al extranjero como no nacional de un Estado determinado, no nos lleva a considerar a los extranjeros como integrantes y conformadores de un "status"¹⁵², ya que, como hemos visto, hay muchas clases de extranjeros, unos con mayores privilegios que otros, sin excluir que, en determinados países y situaciones, algunos ex-

Protocolo Adicional de 31 de enero de 1967. España se adhirió a ellos por Instrumento el 22 de julio de 1978. (B.O.E. de 21 de octubre). Recommendation nºR (81)16, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe de 5 de noviembre de 1981, Estrasburgo 1982, que sirvió de base a la Ley de Asilo y condición del Refugiado española de 26 de marzo de 1984.

¹⁵² Para que una cualidad jurídica sea considerada como "status" depende de tres factores: 1º) de su referencia a una persona; 2º) de la pertenencia de dicha persona a un grupo, clase, organización o estado; y 3º) de su carácter de presupuesto para la aplicación, al sujeto mismo, de una serie de normas, las cuales viene a constituir a todos los sujetos que se encuentran en posesión de dicho status en una situación jurídica uniforme y homogénea. Vid. MIELE: Principi di Diritto Amministrativo, Padova 1960, p.65 y 66. En definitiva, el "status" es la cualidad jurídica de una persona que constituye el presupuesto específico en base al cual son atribuidos a la persona misma poderes, derechos, facultades y obligaciones, uniformemente establecidos por el ordenamiento general o particular de la organización a la que la persona pertenezca. Vid. MIELE: Principi di Diritto Amministrativo, cit. p. 66, en el mismo sentido, SANDULLI: Diritto Amministrativo, Napoli 1984, p. 102; ZANOBINI: Corso di Diritto Amministrativo, Vol I, Milano 1958, pp. 158 y 159.

tranjeros tienen una posición que permite ser calificada como más ventajosa que la de sus propios nacionales¹⁵³.

¹⁵³ Situación que tiende a desaparecer, como señala el Prof. JIMENEZ PIERNAS, al producirse " la interacción incierta en el tipo aunque sobre todo declarativa entre el Derecho consuetudinario de la protección diplomática y de la responsabilidad internacional por un lado y el Derecho convencional en materia de Derechos Humanos y Derecho Humanitario por otro, ha posibilitado entre otras cosas la superación formal de la tensión tradicional entre principios de standard mínimo e igualdad de trato mediante la creación de un standard único de trato universalmente aceptado". Dicho standad permite el avance elogiado de brindar una beneficiosa uniformidad al Derecho sustantivo, pero al diluir la eficacia de la protección específica que el ordenamiento clásico otorgaba a los extranjeros, a causa de la integración de los contenidos sustantivos del derecho de extranjería en el marco general de la protección de los Derechos Humanos sin distinción de nacionalidad, ha supuesto una disminución en la protección internacional de los extranjeros. "Con muy malos resultados, para los derechos de los extranjeros; porque el ordenamiento internacional sigue careciendo de una estructura institucional suficientemente desarrollada que haga posible la aplicación de semejantes avances normativos de naturaleza nítidamente comunitaria, en claro perjuicio de los legítimos derechos de los particulares extranjeros que siguen siendo administrados directa y discrecionalmente por los Estados en el marco de la estructura relacional". Vid. C. JIMENEZ PIERNAS: La conducta arriesgada y la responsabilidad internacional del Estado. Alicante 1988, pp. 306-307.

II.- REGULACION DE LA CONDICION DE EXTRANJERO EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978.

El estudio de la regulación constitucional de la condición de extranjero constituye un punto de atención inexcusable y ello por dos razones fundamentales: la primera jurídica, vinculada al carácter de norma de normas que el texto constitucional tiene y que, de modo inevitable, provoca que la consideración de cualquier aspecto tenga que partir de la ineludible referencia del cuadro constitucional¹. La segunda conectada a la peculiar fenomenología que concurre en la Constitución Española de 1978; su condición de resultado de una compleja transición política, vinculada a un periodo constituyente, en el que un factor característico está contenido en la revisión del marco institucional y socioeconómico anterior.

En este ámbito, especialmente receptivo al reconocimiento de los Derechos fundamentales de la persona, se sitúa la regulación de la condición del extranjero, que realiza el Texto Constitucional de 1978, y cuyo análisis tiene como primer punto de referencia la gestación del relativo precepto en las Cortes Constituyentes.

¹ Con referencia a este tema, el ya clásico trabajo de E. GARCIA DE ENTERRIA: *La Constitución como Norma*, en La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, 1981, pp. 39-105; y el trabajo de L.MARTIN REBOLLO: La Constitución y su incidencia en el Derecho Público Interno del Estado, Universidad de Santander, Textos Institucionales nº 7, Santander, 1985.

1º. La tramitación parlamentaria del precepto constitucional que regula la condición jurídica del extranjero en la Constitución Española de 1978.

El artículo 12 del Anteproyecto de Constitución es el inmediato punto de referencia del actual artículo 13 de la Constitución Española de 1978, que regula la situación jurídica de los extranjeros en el Estado Español, interconexo de modo inevitable con los correlativos preceptos que regulan la nacionalidad y que conectan el Ordenamiento Jurídico Español con el Ordenamiento Internacional a través de los Tratados Internacionales². El contenido de este artículo 12 era el siguiente:

"1.- La condición jurídica del extranjero se regulará por la ley y por los tratados, atendiendo siempre al principio de efectiva reciprocidad

Solamente los españoles serán titulares de derechos políticos.

2.- Los extranjeros residentes en España gozarán de las libertades públicas del presente Título, en los términos que la ley establezca".

Su tramitación parlamentaria incorpora los siguientes datos:

Fué objeto de las enmiendas en el trámite de Ponencia y Pleno, en el Congreso y en Senado, que son consideradas a continuación.

1. - Enmiendas en trámite de Ponencia en el Congreso de los Diputados.

Las enmiendas que suscitó el primer párrafo del artículo 12 del

² Al respecto I. BORRAJO: "El status constitucional de los extranjeros", en Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Prof. García de Enterría, II, De los Derechos y Deberes fundamentales, Madrid 1991, p.763.

Anteproyecto, en trámite de Ponencia, admiten ser sistematizadas en tres grupos:

-Una opción, avalada por un amplio arco parlamentario³, que pretendió la supresión del principio de reciprocidad, por estimar que suponía que el Estado Español renunciaba a regular un Estatuto homogéneo para todos los extranjero, y que ello causaría serios problemas a la hora de su aplicación práctica en los Tribunales.

- Una segunda corriente, avalada por el Grupo Parlamentario de Coalición Democrática, que pretendía suprimir exclusivamente el término "efectiva" que iba unido a "reciprocidad" por considerar que era excesivo o que era innecesario.⁴

- Una última posición, suscrita por los Grupos Comunista y Socialistas del Congreso, pretendía que se suprimiese el último inciso de este apartado: "Solamente los españoles serán titulares de derechos políticos". Ya que su pretensión era que se extendiera a los extranjeros la posibilidad de participar en la vida política del país, por lo menos en lo referente a la vida municipal.⁵

³ Enmiendas: nº 250, del Grupo Socialistas de Cataluña; nº 334, del Grupo Parlamentario Socialistas del Congreso; nº 779, del Grupo Parlamentario UCD, y nº 64, del Sr. Letamendía del Grupo Mixto. Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo I, Cortes Generales, Servicio de Estudios y Publicaciones, Madrid 1980, pp. 245, 275 y 166.

⁴ Enmiendas: nº 35 presentada por el Grupo Parlamentario de Alianza Popular y nº 465 presentada por el Sr. MORODO del Grupo Parlamentario Mixto. Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo I, cit., pp. 148 y 318.

⁵ Enmiendas: nº 695 del Grupo Parlamentario Comunista, y nº 334 del Grupo Socialistas del Congreso. Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo I, cit., pp. 419 y 275.

En cotraposición al considerable número de enmiendas presentadas al primer párrafo del artículo Doce del Anteproyecto, al párrafo segundo se presentaron solamente dos enmiendas:

- La primera elaborada por el Grupo Parlamentario Popular, pretendía que se suprimiese este segundo párrafo, por considerar que era reiterativo respecto del anterior.⁶

- La segunda, con aval del Grupo Parlamentario Comunista, solicitaba la inclusión, al final del párrafo, de la frase "...tendiendo hacia su mas amplia equiparación con los españoles", enmienda justificada según el criterio del Grupo Parlamentario enmendante, en que se otorgaban más posibilidades a los extranjeros de participar en la vida social, económica y política de España.⁷

Con atención a las enmiendas presentadas al primer punto, la Ponencia acepta la supresión de la parte del precepto "atendiendo al principio de efectiva reciprocidad", con el voto en contra del representante del Grupo Parlamentario Alianza Popular⁸, aunque no aceptó la petición de supresión del último inciso del párrafo primero, con lo que la nueva redacción de este apartado fué la siguiente:

"La condición jurídica del extranjero se regulará por la ley y por lo tratados. Solamente los españoles serán titulares de derechos políticos"⁹

⁶ Enmienda nº 2 del Grupo Parlamentario Alianza Popular. Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo I, cit., pp.121.

⁷ Enmienda nº 695 del Grupo Parlamentario Comunista. Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo I, cit., pp. 419.

⁸ Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo I, cit., pp.1528

Respecto del apartado segundo, la Ponencia no aceptó ninguna de las enmiendas, por lo que su redacción permaneció como en el Proyecto.

2.- Enmiendas en trámite de Comisión en el Congreso de los Diputados.

En la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso, el debate parlamentario tuvo como referencia el inciso final del párrafo primero y el párrafo segundo del artículo Doce.

Los debates del párrafo primero del artículo Doce, centraron su atención en las enmiendas presentadas por los grupos Parlamentarios Socialistas de Cataluña, Socialistas del Congreso y Comunistas¹⁰. Sus propuestas se dirigieron a suprimir el último inciso: "Solamente los españoles serán titulares de derechos políticos", los argumentos a favor que se expusieron tienen como referencia los siguientes puntos:

- Existe una contradicción entre este último inciso del apartado primero con el contenido del párrafo segundo, al referirse éste a las "libertades públicas", lo que a la larga puede llevar a coartar éstas últimas para los extranjeros, sobre todo en casos conflictivos como el derecho de reunión y de asociación¹¹.

- Las tendencias actuales originadas por la internacionalización de

⁹ Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo I, cit., pp. 1528.

¹⁰ Enmiendas nº 250 de Grupo Socialista de Cataluña, enmienda nº 334 del Grupo Socialista del Congreso, enmienda nº 64 del Sr. LETAMENDIA del Grupo Parlamentario Mixto, y enmienda nº 695 del Sr. SOLE BARBERA del Grupo Parlamentario Comunista. Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo I, cit.

¹¹ Intervención de los Diputados Srs. MARTIN TOVAL y ZAPATERO GOMEZ. Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo I, cit, pp. 2413-2414.

la vida social y política van dirigidas a una asimilación en este aspecto entre los nacionales de un país y los extranjeros residentes en el mismo¹².

Esta postura concitó argumentos en contra:

- La distinción entre Derechos Políticos y Libertades Públicas está perfectamente clara en el Derecho Político actual, que reserva la ciudadanía y, consecuentemente, el ejercicio de los Derechos Políticos o de participación activa a los nacionales de una determinada nación¹³.

- En la actualidad, es un principio general del Derecho Político que la participación en la vida política de un país esta exclusivamente destinada a sus nacionales y, que en nuestro caso esta situación está perfectamente recogida en el artículo 23 del Proyecto (coincidente con el mismo numeral de la Constitución).¹⁴

Las enmiendas a favor de la supresión del inciso final del párrafo primero fueron rechazadas, por lo que este apartado mantuvo la redacción propuesta por la Ponencia.

Respecto del párrafo segundo de este mismo artículo Doce, el Diputado Sr. PECES BARBA defendió una enmienda "in voce" en el sentido de suprimir la palabra "residentes" unida a "extranjeros", ya que ello suponía que los extranjeros no residentes quedaban fuera de la protección de la Constitución, en lo referente al goce de los Derechos Fundamentales de la

¹² Intervención del Diputado Sr. SOLE BARBERA. Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo I, cit., pp. 2417.

¹³ Intervención del Diputado Sr. FRAGA IRIBARNE del Grupo Parlamentario Alianza Popular, Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo I, cit., pp.2415.

¹⁴ Intervención del Diputado Sr. ALZAGA VILLAAMIL del Grupo Parlamentario de U.C.D., Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo I, cit., pp. 2415.

Persona, idea que estimó contraria al actual Derecho Internacional convencional, según la posición unánime de la Doctrina Internacional. Proponiendo a continuación, y con el fin de evitar que pudieran beneficiarse de los derechos las personas que se encuentren ilegalmente en nuestro territorio, la sustitución del término "residentes" por el de los "extranjeros que se encuentren legalmente en España"¹⁵.

Tras el debate en la Comisión fue presentado a la Mesa un nuevo texto del párrafo segundo del artículo 12, renunciando el Grupo Socialista a la votación de la enmienda "in voce" citada, produciéndose la aprobación, sin ningún voto en contra, del nuevo texto del párrafo segundo, que quedó redactado de la siguiente forma:

" Los extranjeros gozarán de las libertades públicas del presente título en los terminos que la ley establezca"¹⁶.

3.- Trámite Parlamentario en el Pleno del Congreso de los Diputados.

En la tramitación parlamentaria ante el Pleno del Congreso fueron defendidas dos enmiendas, avaladas por el Grupo Socialista de Cataluña y Grupo Socialistas del Congreso,¹⁷ ambos en el mismo sentido, que proponían suprimir el inciso final del párrafo primero: "Solamente los españoles serán titulares de derechos políticos".

El argumento en que justificaban su solicitud de eliminación estaba basado en la voluntad de una progresiva integración de los extranjeros,

¹⁵ Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo I, cit. pp. 2418.

¹⁶ Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo I, cit., pp.2420.

¹⁷ Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo II, cit., Madrid. 1980, pp 3925.

que trabajaban regular y permanentemente en España, en el marco de las libertades democráticas que garantiza la Constitución. Para ello aducían el avance que algunas legislaciones europeas, como Portugal y Suecia, han tenido en los últimos años, así como las facilidades que los emigrantes españoles habían tenido en varios países hispanoamericanos, como Argentina y Chile a lo largo de muchos años y, también las posibilidades de participación política para los emigrantes españoles en Europa, por la vía de la reciprocidad.

El Grupo Parlamentario de U.C.D.¹⁸ argumentó en contra de esta supresión y, para ello constató el hecho de que, si bien es cierto que en las Constituciones europeas actuales, el goce y el disfrute de los Derechos Fundamentales se ha extendido a todos, nacionales y extranjeros, la posibilidad de ejercer cargos y funciones Públicas y el derecho a sufragio quedan exclusivamente reservadas a los nacionales, como así lo demuestra el apartado segundo del artículo quince de la Constitución de Portugal. Respecto a la referencia a los países hispanoamericanos, el Grupo Parlamentario U.C.D. estimó que había que tener en cuenta que, se concedía la posibilidad de ejercer estos derechos políticos "strictu sensu", en casos de doble nacionalidad, posibilidad que recogía en Proyecto de Constitución en el apartado tercero del artículo once.

Las enmiendas fueron rechazadas y, en consecuencia el texto del Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso permaneció sin modificación.

Respecto al apartado segundo no se presentó ninguna enmienda en el Pleno del Congreso, y se aprobó el texto propuesto por la Comisión de Asuntos Constitucionales.

¹⁸ Intervención del Diputado Sr. Alzaga Villaamil del Grupo Parlamentario U.C.D. Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo II, cit., pp. 3927.

4.- Trámite en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado.

El Grupo Progresistas y Socialistas Independientes¹⁹ propuso enmienda en la que sugirió una nueva redacción de este artículo Doce en un solo apartado, cuyo texto era el siguiente:

"Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título, en los términos que establezcan la ley reguladora de su condición jurídica y los tratados".

Con la nueva redacción, este Grupo Parlamentario pretendió evitar la dureza de la expresión: "solamente los españoles serán titulares de Derechos políticos", que era el inciso final del apartado primero, ya que pre-suponía que los extranjeros nunca podrían gozar en España de Derechos políticos. En este sentido, la desconstitucionalización de esta prohibición abriría una vía, para que llegado el momento en que se pretendiera extender el ejercicio de determinados derechos políticos a los extranjeros, como es el caso de participación en las elecciones locales, no hubiera que modificar la Constitución, ya que el nuevo texto que se proponía permitía utilizar la legislación ordinaria.

Esta premonitoria enmienda fué aceptada unánimemente por todos los Grupos Parlamentarios,²⁰ por lo que todas las enmiendas que se habían presentado, tanto al apartado primero como al segundo, fueron retiradas²¹.

¹⁹ Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo III, cit., pp. 1777.

²⁰ Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo III, cit., pp. 1778.

²¹ En el Dictamen de la Comisión Constitucional del Senado, el antiguo artículo doce pasó a ser el artículo trece, ya que el artículo once se desdobló en dos: los artículos once y doce de Proyecto. Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo III, cit., pp. 3417.

5.- Trámite parlamentario en el Pleno del Senado.

El precepto, con nuevo numeral, careció de enmiendas en el Pleno del Senado, por efecto del unánime trámite parlamentario en Comisión, por lo que su redacción es la misma que la aprobada en la Comisión del Senado.

6.- Intervención de la Comisión Mixta Congreso-Senado.

La Comisión Mixta Congreso-Senado introduce un impensado factor y provoca que, en contraste con la unanimidad suscitada por la enmienda del Grupo Parlamentario Progresistas y Socialistas Independientes, la nueva redacción del precepto quede como sigue:

1. "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas, que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que atendiendo al principio de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley en las elecciones municipales".²²

El 31 de octubre de 1978 fué aprobado en sesiones plenarias del Congreso de Diputados²³ y del Senado²⁴ el texto remitido por la Comisión Mixta.

²² Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo IV, cit., pp.3703. En referencia a las sorpresas propiciadas por la intervención de la Comisión Mixta Congreso-Senado, remito a las apreciaciones del Profesor L. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, precisamente vinculado al Grupo Parlamentario Progresistas y Socialistas Independientes, en el importante testimonio de experiencia como Senador contenidas en su libro : Materiales para una Constitución, Madrid 1984.

²³ Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo IV, cit., pp. 5181.

²⁴ Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo IV, cit., pp.3394.

2º.- La asimilación constitucional de los ciudadanos europeos postulada por el Proyecto de Tratado de la Unión Europea y la modificación del artículo 13 de la Constitución por consenso parlamentario.

La comprometida posición del Parlamento y de Gobierno Español²⁵ con la reforma del Tratado de la Unión Europea han contribuido a que previo Dictamen del Consejo de Estado y el posterior y definitivo del Tribunal Constitucional y mediante la fórmula de Proposición de ley, suscrita por los Portavoces de todos los Grupos Parlamentarios, haya sido el artículo 13 de la Constitución objeto de modificación²⁶ para dar adecuada cobertura al compromiso de Maastricht de reconocer a los ciudadanos comunitarios, con residencia en país comunitario distinto al de su origen nacional, el Derecho de sufragio activo, ya reconocido en función de reciprocidad por el artículo 13 del Constitución de 1978, y el Derecho de sufragio pasivo previsto por el Tratado de la Unión. Hito en la relativización de la dicotomía ciudadano-extranjero, que, como alter-

²⁵ Los antecedentes que han precedido a la incorporación de la ciudadanía europea en el Proyecto de Tratado de la Unión son sintetizados por D. LIÑAN NOGUERAS en su estudio: "De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión", en «Gaceta Jurídica de la CE», número monográfico: El Tratado de la Unión Europea, D 17, 1992, pp. 73-75 y 77-78. Sobre las implicaciones jurídicas y políticas de la ciudadanía europea. Vid. P. SOLBES MIRA: "La citoyenneté européenne", en «RMC», nº 346 (1991), pp. 168-170.

²⁶ Constitución Española. Reforma del artículo 13, apartado 2, de la Constitución Española, aprobada por las Cortes Generales en Sesiones Plenarias del Congreso de los Diputados, de 22 de julio de 1992, y del Senado, de 30 de julio de 1992, sancionada por SM El Rey el 27 de agosto de 1992 (BOE de 28 de agosto de 1992).

nativa de la Comunidad Europea, está orientado por la voluntad de lograr que los nacionales de los Estados Miembros sean algo más que "extranjeros privilegiados" en los Estados de la Comunidad distintos al de origen, y que se distancie del simple acercamiento de la Comunidad al ciudadano con el objetivo de tratar de lograr un "espacio público europeo", un espacio de legitimación político y jurídico²⁷. La ciudadanía europea supone el punto de partida, directo y flexible²⁸, para la construcción de un marco institucional federal para la Comunidad Europea, con las naturales estridencias en la configuración de los marcos jurídicos e institucionales estatales dado el rango constitucional y el efecto directo²⁹ de las disposiciones normativas del Tratado.

3º. Implicaciones de la regulación jurídica del extranjero en la Constitución Española de 1978.

La regulación Jurídica de la condición de extranjero en España, con referencia en el contenido del artículo trece de la Constitución permite una primera precisión: Tienen un contenido normativo que mejora su inicial redacción como artículo doce del Anteproyecto de Constitución. El

²⁷ Al respecto, D. LIÑAN NOGUERAS: "De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión", cit. pp. 71-73.

²⁸ El art. 8.A.2 y el art. 8.E.2 remiten a actos mixtos del Consejo y del Parlamento para facilitar el ejercicio y el desarrollo de los derechos vinculados a la ciudadanía europea.

²⁹ El efecto directo se da en todos los Derechos, Derecho a la libre circulación y residencia (art. 8.A. 1), protección diplomática y consular (art. 8.C); Derecho de petición y el Defensor del Pueblo (art. 8.D), salvo en el art. 8.B. 1, Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales y en el art. 8.B.2, Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo.

apartado primero de este artículo doce vinculó la condición jurídica del extranjero a lo regulado por la ley y los tratados, atendiendo siempre al principio de efectiva reciprocidad. A este contenido se opusieron, según hemos apreciado ya, las enmiendas que pretendieron suprimir el principio de reciprocidad y que consiguieron su desaparición del enunciado del precepto.

El contenido de nuestro derecho de extranjería hubiera sido muy diferente, si estas enmiendas no hubieran sido tomadas en consideración, ya que la consagración del principio de reciprocidad hubiera implicado la supresión del principio de equiparación, tradicional en nuestro ordenamiento jurídico. Como aspecto complementario, la utilización del término "condición jurídica", no sólo comprendía el goce de los derechos y libertades públicas sino también de los derechos civiles y mercantiles, que tradicionalmente en el Derecho español habían sido contemplados con una mentalidad abierta y tendiendo siempre a la equiparación de extranjeros y nacionales³⁰.

Por otra parte, esta idea de reciprocidad no se planteaba como un principio general sino como una reciprocidad tracto por tracto, lo que hubiera implicado que su aplicación llegara a ser difícil y complicada, con fácil creación de problemas en un corto espacio de tiempo en el momento de aplicar las normas jurídicas. Además, como claramente expuso el portavoz del Grupo Parlamentario de U.C.D., en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, supondría que "la legislación española renunciaba a regular un Estatuto general del extranjero, sustituyendolos por múltiples estatutos particulares de imposible precisión previa"³¹. Reflexión inicial que conducía,

³⁰ Vid. al respecto, E. PEREZ VERA: "Comentarios al artículo 13", Comentarios a la Constitución Española 1978, (dir. O.ALZAGA), Tomo II, Madrid 1984, p. 228.

con acierto, a estimar que, en esta materia, el criterio de reciprocidad, se debe utilizar exclusivamente para limitar determinados derechos, como son los políticos, cuando los españoles carezcan de los mismos en determinados países extranjeros.³²

La redacción del párrafo segundo del artículo doce del Proyecto hacía referencia a los "extranjeros residentes", como beneficiarios de las libertades públicas en el territorio español y, aunque está claro que el Estado sólo puede garantizar los derechos a quienes residen en su territorio, el exigir para ello una relación de residencia es excesivamente duro, pues el concepto de "residencia" es un término de derecho positivo interno, que tiene unas características determinadas en cada país y las libertades públicas que incorporaba este precepto son derechos fundamentales, que el Derecho Internacional concede a todos los seres humanos, por el mero hecho de serlo, independientemente de ser nacional o extranjero. En este sentido se manifestó la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso.³³

La circunstancia complementaria que concurre en este párrafo segundo, al someter el goce de las libertades públicas a una posterior regulación interna, presentaba una contradicción, ya que si esta redacción hubiese sido la definitiva, hubiera supuesto que los compromisos internacionales que el Estado Español tiene suscritos y que consagran la aplicación general de determinados derechos fundamentales, hubiera quedado

³¹Enmienda nº 779 del Grupo Parlamentario U.C.D. Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo I, cit., pp. 484.

³² Vid. nota precedente.

³³ Intervención del Diputado Sr. Pecos Barba. Vid. Constitución Española, Trabajos Parlamentarios, Tomo I, cit., pp. 960-962.

sín valor, ya que las Cámaras legislativas hubieran podido poner cortapisas al goce de los mismos por parte de los extranjeros.

La redacción definitiva del actual artículo trece ha suprimido el término "condición jurídica" lo que supone, que la Constitución, en su artículo trece apartado primero, es la fuente originaria para el goce de las libertades públicas por parte del extranjero. Esta nueva redacción nos lleva a la conclusión de que el derecho de extranjería está presidido por dos principios básicos coincidentes, uno en la esfera de las libertades públicas, que se refleja en este apartado primero y otro en la esfera privada, contenida en el artículo 27 del Código Civil, que parte de la plena equiparación nacional-extranjero al disponer: "Los extranjeros gozarán en España de los mismo derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y, los tratados", mientras que en el primer aspecto la idea básica es la no equiparación, pero admitiendo la posibilidad de que los Tratados Internacionales y las Leyes puedan conceder al extranjero el pleno goce de las libertades públicas.³⁴

Contemplando el actual artículo trece podemos decir que mejora la situación de los extranjeros en España, ya que hasta esta fecha no había ninguna norma jurídica de carácter fundamental que les hiciera referencia, pues la normativa existente antes de la Constitución, el Fuero de los Españoles, como su propio nombre indica, se refería a los españoles, aunque la Jurisprudencia había extendido su aplicación a los extranjeros, ya que partiendo del artículo 27 del Código Civil, que establece la plena equiparación, en la esfera privada, se ampliaba a los extranjeros las libertades públicas concedidas a los nacionales en el referido Fuero de los Españoles, en los casos en los que el precepto no hiciera a los

³⁴ Cfr. E. PEREZ VERA: "Comentarios al artículo 13", en Comentarios a la Constitución Española de 1978, cit., pp. 233-234.

españoles destinatarios exclusivos del mismo, como, entre otros, ocurría en el Derecho a la Libertad Religiosa (artículo sexto, párrafo segundo), Derecho al Secreto de Correspondencia (artículo trece) o el Derecho a Protección de la Propiedad Privada (artículo veinte).

Esta norma base contenida en el párrafo primero del artículo trece, supone la concesión a los extranjeros de unas ventajas que antes no gozaban, ya que su propia redacción indica que la regulación legal del derecho de extranjería tendrá que estar sometido a una serie de límites u garantías:

-Tendrá que ser regulado por ley orgánica y contener el llamado "standard mínimo" reconocido en el Derecho Internacional, objeto expreso de consideración en el artículo diez de la Constitución.

-Incorporará las garantías reconocidas en el párrafo segundo de artículo 53.2 de la Constitución, con la protección del procedimiento sumario desarrollado por la Ley 62/1978, sin olvidar la consecuente vinculación positiva de todos los Poderes Públicos a los Derechos y Libertades Públicas reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución.

- Implicará la posibilidad de utilizar la vía del recurso de amparo por violación de las Libertades Públicas conforme al párrafo segundo del artículo 161 de la Constitución³⁵.

³⁵ Cfr. SERRANO ALBERCA: "Comentario al artículo 13.1 y 2", en Comentarios a la Constitución, (dir. Garrido Falla), Madrid 1980, p. 164. Es preciso señalar que la referencia a los "ciudadanos" como sujetos legitimados para interponer Recurso de Amparo, tanto en el art. 53.2 de la Constitución de 1978 y en el art. 41.2 de la LOTC, no es contrapuesta ni excluyente de los extranjeros, sino que más bien parece tener valor semántico, ya que en caso contrario estos preceptos irían en contra del contenido de la Convención Europea de Derechos Humanos. Vid. J. MIGUEL ZARAGOZA: "La función del Tribunal Constitucional en la interpretación y aplicación de la Convención Europea de Derechos del Hombre", en El Tribunal Constitucional,

Respecto del párrafo segundo del artículo trece de la Constitución, al reservar a los españoles la condición de titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo que, en atención a criterios de reciprocidad, pueda establecerse, por Tratado o por Ley, el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales, implica un contenido que deriva de un principio clásico en el Derecho Político: la prohibición de ser elector o elegible en elecciones generales, en calidad de sentido estricto del término "derechos políticos" contenido en la mayoría de las Constituciones europeas. La remisión al artículo 23 de la Constitución señala explícitamente la imposibilidad de acceder a función o a cargo público por parte de los extranjeros, aspecto ya recogido de modo parcial en la Ley de Funcionarios Civiles de 1964 (artículo 30)³⁶. Lo que en realidad pretende el artículo 23 es impedir que el extranjero se inserte en la Administración del Estado ya que para ello se presupone que es necesario una fidelidad al Estado que no es razonable pedir a un extranjero.

El inciso final del párrafo segundo contenía ya en su redacción de 1978, uno de los preceptos más abierto a principios internacionalistas de la Constitución de 1978, como es la posible participación de los extranjeros en las elecciones locales; la aceptación de esta idea supuso una aportación singular al abrir las puertas a la participación, no sólo de los extranjeros residentes en España, sino por la vía de la reciprocidad, a los españoles emigrantes, que podrían ser sujetos activos de la

Jornadas de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, Vol. II, Madrid 1981, pp.1871-1872. Estado claro que nuestro Ordenamiento reconoce legitimación a respecto a cualquier persona que invoque un interés legítimo, sea natural o jurídica, nacional o extranjera. Vid. J. SOLCHAGA LOITEGUI: "La legitimación en el Recurso de Amparo", en El Tribunal Constitucional, cit., Vol III, p.2615

³⁶ Cfr. SANCHEZ MORON: Comentarios al artículo 23, en Comentarios a la Constitución Española de 1978, cit., Tomo II, pp.670-683.

comunidad político-administrativa en la que residen y, muy en particular, cuando, como es constatable con facilidad, las decisiones político-administrativas en el ámbito de la Administración local, afectan a todos los que conviven en los entes locales de una forma directa, con independencia de que sean nacionales o extranjeros y, en función de estas circunstancias, puede ser estimado como razonable que todos tengan la oportunidad de ser electores.

Comprometida concepción jurídica que integra al extranjero en el Ordenamiento jurídico español ofreciéndole certeza al máximo nivel de protección de los Derechos fundamentales.

La incidencia del Tratado de la Unión Europea y el cambio cualitativo, que incorpora la ciudadanía europea, significa situar el original tenor del artículo 13 de la Constitución en una sintonía que, desde la configuración del estatuto de ciudadano europeo, va a tener como efecto inducido flexibilizar la condición de los extranjeros a la Comunidad Europea y, ante el enorme atractivo de Europa para todos los países el entorno, obligará adoptar estrategias institucionales que flexibilicen los iniciales rigores, que los Acuerdos de Schengen han supuesto para los extranjeros a la Comunidad, situación ante la que las Instituciones Comunitarias, en particular el Parlamento Europeo y el Comité Económico y Social, como tendremos ocasión de apreciar con posterioridad, han dado ya alternativas institucionales de apoyo socioeconómico a los Países del Este Europeo y Países Norteafricanos.

III.-LA LEY DE EXTRANJERIA DE 1985 Y SU DESARROLLO NORMATIVO EN EL MARCO JURIDICO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.

1º.- La Ley de Extranjería de 1985 y su desarrollo reglamentario.

La definición de que son extranjeros los que no disfrutaban de la nacionalidad española es, según ya ha sido apreciado, punto de partida compartido por la doctrina y por las disposiciones legales que han regulado la condición jurídica del extranjero en España. Esta perspectiva, de contraste negativo respecto del nacional español, es recogida en el artículo primero de la vigente Ley Orgánica reguladora de los Derechos y Libertades de los extranjeros en España de 1 de julio de 1985¹, como lo había sido en el Decreto de 14 de febrero de 1974 que, hasta la entrada en vigor de la denominada Ley de Extranjería de 1985, era la norma jurídica básica aplicable en el Derecho Español.

El concepto negativo de la definición de extranjero da paso, sin embargo, a unos contenidos positivos en el momento de definir la condición jurídica del extranjero, que constituyen la base y el ámbito de operaciones del Derecho de Extranjería y que se reconduce a las normas jurídicas que regulan la entrada, permanencia y salida del extranjero en España, en calidad de aspectos instrumentales que, con independencia del enunciado genérico de derechos o deberes, regulan los mecanismos de admisión de los extranjeros en el territorio nacional.

¹ Ley Organica 7/1985, de 1 de julio.

La Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, de 1 de julio de 1985, ha sustituido el régimen jurídico regulado por el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, cuyos contenidos no se adecuaban a los principios jurídicos incorporados por la Constitución de 1978. El texto legal de 1985, tiene antecedentes en el fallido Proyecto de Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, presentado en 1981 por el Gobierno de UCD², cuyo trámite parlamen-

² El Proyecto de Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España presentado al Congreso en 1981 (BOC 11 de mayo de 1981, Serie A, nº. 194-1), por el Gobierno UCD incorpora una gran semejanza con el Proyecto de Ley Orgánica, presentado ante el Congreso en 1985 (BOC 28 de enero de 1985, Serie A, nº. 132-1) por el Gobierno surgido tras las elecciones de 1982; la estructura formal y el contenido de ambos Proyectos de Ley es muy similar, pudiendose pensar que el primero sirvió de base para la redacción del segundo Proyecto. Ambos surgen con el fin de ofrecer una solución a la entonces caótica legislación sobre extranjería, con objeto de garantizar, de forma mas adecuada, la seguridad jurídica a la que toda persona es acreedora en un Estado de Derecho, en un contexto marcado por una problemática situación económica, que obliga a la prevalente consideración de las pretensiones nacionales

Existe una casi total similitud en el tratamiento de los Derechos y Deberes de los extranjeros en ambos Proyectos de Ley, estableciendose, en ambos casos, la necesidad de autorización administrativa previa para la celebración de reuniones en lugares públicos y manifestaciones promovidas por extranjeros, así como la suspensión administrativa, por el Consejo de Ministros, de las asociaciones integradas por extranjeros, cuando atenten contra la seguridad interior o exterior del Estado, los intereses españoles o las relaciones exteriores de España o el orden público (fórmula genérica que apenas varía en el Proyecto de 1985). Estos preceptos no modificados durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de 1985 dan lugar al referido Recurso de Inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo y resuelto por el Tribunal Constitucional en Sentencia 115/1987, de 7 de julio, que los declara inconstitucionales. La semejanza entre ambos Proyectos de Ley se mantiene en la tónica general de la regulación de la entrada, permanencia y salida de extranjeros, así como en la regulación de las sanciones y recursos, a pesar de ser más exhaustiva la contenida en el Proyecto de 1985.

Las semejanzas expresadas coexisten con algunas diferencias, así en el Proyecto de 1981 se establece la prohibición expresa de que las asociaciones formadas e integradas por extranjeros o en el extranjero puedan actuar como promotores de reuniones políticas o como

tario fue anulado por disolución de las Cámaras en julio de 1982. En la nueva legislatura, el Gobierno, formado con referencia en la mayoría parlamentaria del PSOE, presentó, en enero de 1985, un nuevo Proyecto, que tuvo un rápido y pacífico trámite parlamentario producto de una notable convergencia en las posiciones de los distintos Grupos Políticos ante el Proyecto de Ley³, promulgado como Ley Orgánica el 1 de julio

promotores de partidos o asociaciones políticas, además de no regular expresamente los Derechos a la educación y afiliación sindical remitiéndose a lo establecido en las Leyes que lo regulen. Como factor diferencial el Proyecto de Ley de 1981 era más respetuoso con las normas constitucionales en aspectos claves, como son, el supuesto de internamiento de extranjeros objeto de una medida de expulsión, y la suspensión de la ejecución de las resoluciones de expulsión de extranjeros de España, pues establecía, en el primer caso, que el internamiento quedaría sin efecto si en el plazo de 72 horas no era confirmado por la Autoridad Judicial competente y, desarrollaba, en el segundo supuesto, un procedimiento que permitía a los Jueces de Instrucción, previa comunicación obligatoria de la orden de expulsión, la suspensión de la ejecutividad de la medida, previa audiencia del interesado, hasta que éste interpusiera los recursos pertinentes y se resolviera sobre la suspensión. Medidas ambas que de haberse aprobado el Proyecto de 1981 y dado lugar a Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros, no hubiera dado lugar al Recurso de Inconstitucionalidad y a la declaración de Inconstitucionalidad de la prohibición de suspensión de resoluciones tomadas conforme a la Ley, y a la interpretación de la medida de internamiento para declarar la constitucional.

³ El Proyecto de Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España presentado al Congreso en 1985 (BOC 28 de enero de 1985, Serie A, nº 132-1), fue objeto de una rápida tramitación en el seno de ambas Cámaras, como consecuencia de la convergencia de posiciones entre los diversos Grupos Parlamentarios, para su aprobación se emitieron 263 votos, 260 a favor y 3 en contra. La discusión del Proyecto en la Comisión Parlamentaria (BOC Comisiones, 10 de abril de 1985, nº 292, pp. 9066-9087) se centró, de forma exclusiva, en cuestiones terminológicas tendentes a mejorar la redacción del Proyecto, así el Diputado Sr. DURAN CORSANEGO propuso la sustitución del término "carecen" por "no gozan" de la nacionalidad española, en el artículo 1º, y, en el artículo 5º, pretendió sustituir "los países de origen de aquellos" por "los países cuya nacionalidad ostente". Las cuestiones que mayor interés suscitaron hacen referencia a la definición de la expresión "que impliquen ejercicio de autoridad" incluido en el artículo 5º, que el Diputado Sr. CISNEROS

de 1985.

Esta Ley al precisar la normativa aplicable a los extranjeros, se orienta por la intención de crear "una norma que, con pretensiones de generalidad, recoja, formule y sintetice los principios que deban informar la situación de extranjería en sí misma y en sus aspectos más importante y que evite la proliferación de disposiciones de distinto rango, que hasta ahora han venido regulando esta materia".

Se propone regular el alcance de las libertades públicas contenidas en la Constitución y establece, como premisa para su disfrute, la necesidad de que el extranjero se halle legalmente en España, para lo que establece una clara distinción entre situaciones de residente legal e ilegal⁴, primando a aquellos con la plenitud de disfrute de las libertades

LABORDA pretendía se suprimiera, por considerar que no añadía nada nuevo y podía dar lugar a confusión, o la pretensión, por parte del Grupo Parlamentario Popular, de incluir en el artículo 5º, el contenido del artículo 69 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, a excepción de la rechazada enmienda defendida por el Diputado Sr. MONTESDEOCA SANCHEZ, al inciso segundo del artículo 34, ninguna de las cuestiones que posteriormente dieron lugar al Recurso de Inconstitucionalidad a los artículos 7º, 8º y 26. 2 presentado por el Defensor del Pueblo, fueron discutidas, a pesar de la enmiendas presentadas por los Srs. PEREZ ROYO y BANDRES que fueron rechazadas por votación, sin ser discutidas en el seno de la Comisión. La enmienda defendida por el Grupo Popular, que incidía en los puntos de las presentadas por los Diputados Srs. PEREZ ROYO y BANDRES, pretendía sustituir la prohibición de suspensión de resoluciones adoptadas conforme a la Ley, por la posible suspensión de las resoluciones, cuando pudieran causar perjuicios de difícil o imposible reparación, posición que fue contestada por el Diputado Sr. POZO i ALVAREZ, señalando que, en el supuesto de extranjería y sobre todo de expulsión de extranjeros, siempre se podría argumentar el perjuicio de difícil o imposible reparación en caso de no suspensión, considerando, por ello, que es preferible mantener la redacción del artículo, "y pensamos que ello no obsta para que una vez reconocido el valor o las razones de un hipotético recurso contra el Estado a una resolución de expulsión pudiera mantenerse la exigencia de una reparación suficiente, en el caso de que hubiera existido esa difícil o gran ofensa o detrimento de los derechos".

⁴ Esta misma idea de garantizar la regularidad de los extranjeros en España es reco-

constitucionales y sancionando a estos incluso con la expulsión, en un intento de evitar la inmigración ilegal en España⁵, que sobre todo, con origen hispanoamericano y norteafricano, está creando situaciones problemáticas, no sólo en el mercado de trabajo, como consecuencia de la

gida por el Reglamento de ejecución de la ley aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo. (BOE. de 12 de junio de 1986), si bien el proceso de regularización, que se llevo a cabo en fechas inmediatamente posteriores a la publicación del Reglamento tuvo un efecto muy limitado dados los requisitos exigidos para poder solicitar la regularización y el miedo y la falta de confianza de los extranjeros en situación ilegal.

⁵ Actualmente, la cifra de extranjeros ilegales en España, tras el proceso de regularización desarrollado durante en año 1991, ha descendido bastante, ya que se estima en unos 120.000 extranjeros de los 132.934 que solicitaron la regularización, verán su situación regularizada, en lo que respecta a los extranjeros que permanecen en situación ilegal, los datos no son coincidentes dependiendo de donde procedan, para el Gobierno, antes de iniciarse el proceso de regularización había unos 170.000 extranjeros ilegales, lo que significa que actualmente, el número de extranjeros en situación ilegal es muy pequeño, para Izquierda Unida y Cáritas, existían unos 300.000 extranjeros en situación ilegal, lo que significa que sólo habrán visto regularizada su situación la mitad de los extranjeros en situación ilegal. Vid. Comparecencia del Director General de Política Interior, Sr. Bellacasa y Aguirre, el 18 de octubre de 1991, ante la Comisión de Justicia e Interior, a solicitud del Grupo Parlamentario IU-IC (BOC, Congreso de los Diputados, Comisiones, Año 1991, Nº 376, pp. 11073-11086). La imprecisión en cifras es una constante en todos los intentos de cuantificación del número de extranjeros situados en los distintos Estados, por efecto de las situaciones de entrada ilegal y consecuente descontrol administrativo. El Dictamen del Comité Económico y Social de la Comunidad Europea sobre la política de inmigración, de 26 de septiembre de 1991, recoge esta problemática en los puntos 2.5.5. y 4.10.1, al estimar que existe un porcentaje desconocido de inmigración clandestina, -que probablemente aumentará como consecuencia de las presiones demográficas- junto con la inmigración legal derivada de la reagrupación familiar, señalando, además, que esta emigración derivada de razones económicas, y que es una importante fuente de entrada de divisas para los países de origen, debe de estar sometida a normas estrictas, que permitan establecer en el ámbito administrativo una clara distinción entre refugiados y emigrantes económicos, al objeto de no viciar la noción de refugiado y garantizar este estatuto a quien realmente lo necesita. (DOCE C 40, 17.02.92).

coyuntura socioeconómica, sino también, con incidencia en el ámbito del orden público.

La Ley incorpora un aspecto jurídico importante: introduce, por primera vez en la legislación española, la necesidad de intervención judicial en la revisión de determinadas resoluciones que conllevan la salida o expulsión de los extranjeros del territorio nacional o que implican la privación de libertad.

Un aspecto singular que la Ley contiene está materializado en el trato de favor que reciben los subditos hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos, guineanos, gibraltareños y sefardíes, a los que se considera en situación de preferencia a la hora de obtener un permiso de trabajo, cuando opten a él junto con otros extranjeros. No obstante, y en contraste con la inicial posición de favor que produce la lectura de la Ley, en relación con estos colectivos de extranjeros, les sitúa, con la excepción de los gibraltareños y sefardíes, en posición más gravosa que la que tenían hasta la entrada en vigor de la Ley de Extranjería, ya que, en virtud de las Leyes 11/1969 y 58/1980, su situación, siempre que residieran legalmente en territorio español⁶, era equiparable a la de

⁶ Lo que resultaba por otra parte bastante fácil, ya que al no precisar en la mayoría de los casos de visado de entrada, era suficiente que cada tres meses se cruzara la frontera española y se le estampara un sello en el pasaporte, de esta forma permanecían en situación legal de estancia, aunque de hecho residiesen en España. Además, era práctica habitual que extranjeros vinculados con España residiesen en territorio español, no en virtud de un permiso de residencia, sino de sucesivos permisos de permanencia durante periodos que superaban los de diversas autorizaciones de residencia sucesivos. Es decir que eran residentes de facto que no tenían el amparo jurídico de un permiso de residencia, y que debían solicitar sucesivamente permisos de permanencia, con la consiguiente inseguridad jurídica que conlleva, aunque para algunos extranjeros esta situación era beneficiosa, pues al no tener la condición de residente no se les aplicaba la normativa sobre control de cambios y podían disfrutar de cuentas corrientes en divisas, realizar inversiones de capital con transferencia al exterior del capital invertido y beneficios etc. Vid. J.M. SOUVIRON MORENILLA: Notas para una

los nacionales españoles.

El Reglamento de ejecución de la Ley, contenido en el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, en el que son detectables defectos de técnica jurídica, que serán objeto de posterior valoración, incorpora tres aspectos importantes en relación al desarrollo de la Ley de Extranjería, que hacen referencia, en primer lugar, a la especialidad de los procedimientos sobre extranjería, paso de fronteras y permisos de trabajo, que se consideran procedimientos administrativos especiales a efectos de lo dispuesto en el artículo primero de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958; en segundo lugar señala que las resoluciones tomadas por los órganos competentes, con base a lo dispuesto en la Ley y Reglamento, agotan la vía administrativa y, finalmente, hace referencia, por vez primera en la normativa española sobre extranjeros, a la problemática que afecta a la reagrupación familiar, señalando que tendrán un trato preferente y una tramitación urgente todas las peticiones que se hagan invocando esta causa.

La directa consideración por la Ley y el Reglamento de los aspectos jurídico-administrativos contrasta con la denominación que la Ley ha recibido, referenciada, en exclusiva, en los Derechos y Libertades de los extranjeros en España, diferencial entre enunciado y contenido de la norma que es un ejemplo elocuente del protagonismo otorgado a las instancias administrativas en la concreción de los Derechos y Libertades, en este caso al Ministerio del Interior, como precisa instancia administrativa en la aplicación de la Ley y Reglamento, y como referencia organizativa y operativa para controlar la entrada y permanencia en el territorio nacional de extranjeros que no se ajusten a los requisitos que la Ley de Extranjería, cit. pp. 16-17.

Ley y el Reglamento de Extranjería especifican.

La Ley y su Reglamento de ejecución se complementan con el Real Decreto 1521/1991, de 11 de octubre, publicado como consecuencia de la aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados de la Proposición no de Ley, de 9 de abril de 1991, que instaba, en su punto 8º, al Gobierno a abordar la reforma y modernización de la estructura administrativa encargada en nuestro país de gestionar la política de extranjería, a través de la creación, entre otros órganos de las Oficinas Unicas de Extranjeros dependientes de los Delegados del Gobierno y Gobernadores civiles, con objeto de asegurar la aplicación coherente y coordinada de la política de extranjería y de facilitar las gestiones administrativas a los extranjeros. El citado Real Decreto crea, en consecuencia, las Oficinas de Extranjeros, en la que se integrarán todos los servicios encargados de la tramitación de todos los expedientes relativos a extranjeros y solicitantes de asilo, bajo la dependencia orgánica de las Delegaciones del Gobierno o de los Gobiernos civiles y funcional de los Ministerios del Interior y de Trabajo y Seguridad Social, en el ámbito de sus respectivas competencias.

La Ley y su Reglamento de ejecución son aplicables en principio a la generalidad de los extranjeros, aunque, el artículo 2 de la Ley, señala que quedan fuera de su ámbito de aplicación los agentes diplomáticos, funcionarios consulares, miembros de misiones diplomáticas y oficinas consulares, funcionarios de organizaciones internacionales, así como los respectivos familiares de éstos, en un explícito reconocimiento de una excepción clásica en Derecho Internacional, que no excluye la adopción de medidas restrictivas del estatus, como la expulsión individualizada, la limitación numérica de los representantes diplomáticos o la restricción de movimientos a un área territorial determinada, medidas que, en el ámbito de las relaciones diplomáticas, se marginan de las normas

jurídicas para situarse en el de las medidas de reciprocidad⁷.

2º.- La normativa comunitaria sobre libertad de circulación, establecimiento y prestación de servicios de nacionales comunitarios. El Acuerdo de Schengen de 1985 y su Convenio de aplicación de 1990.

La Ley de Extranjería establece en su artículo 3º, una cláusula de salvaguarda, que permite la modulación o neutralización de los contenidos de la Ley, por lo dispuesto en las leyes especiales y los Tratados Internacionales en los que España sea parte, lo que obliga a hacer especial consideración a los efectos de la Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea y a la configuración del régimen especial aplicable a los nacionales de los Estados Miembros de la Comunidad, contenido en el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio⁸, que adapta la normativa comunitaria relativa a la libertad de circulación y esta-

⁷ Cuya situación se regula por el Convenio de Viena regulador de las Relaciones Diplomáticas, abierto a la firma el 18 de abril de 1961 del que España es parte desde el 21 de noviembre de 1967, aunque no lo es de los Protocolos facultativos, así como por el Convenio de Nueva York de 1969 sobre Misiones especiales y por el Convenio de Viena regulador de las Relaciones Consulares, abierto a la firma el 24 de abril de 1963, del que España es parte desde el 3 de febrero de 1970, aunque en este caso España tampoco es parte de los Protocolos facultativos, en este sentido E. VILARIÑO PINTOS: Curso de Derecho Diplomático y Consular. Parte General y Textos Codificados, Madrid 1987, pp.161-195.

⁸ Que deroga el R.D. 1099/1986, de 26 de mayo, disposición anterior que regulaba la entrada, permanencia y salida de los nacionales comunitarios, excepto, en lo que se refiere a las normas especiales y transitorias sobre permisos de trabajo y de residencia a trabajadores por cuenta ajena, que permanecerá en vigor, hasta el 31 de diciembre de 1992, para los nacionales de Luxemburgo.(Disposición derogatoria única del R.D. 766/1992.)

blecimiento y prestación de servicios de nacionales comunitarios y sus familiares, así como las medidas que les son aplicables por razones de seguridad y orden público.

El Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, viene a sustituir a la anterior normativa aplicable a los nacionales de Estados Miembros de la CEE, contenida en el Real Decreto 1099/1986, de 26 de junio, publicado a los pocos meses de la Adhesión de España a las Comunidades y que presentaba la característica especial de producir efectos desde la fecha de dicha adhesión y de contener el régimen transitorio aplicable a los nacionales comunitarios, que pretendieran ejercer una actividad asalariada en España.

El adelanto en el final del periodo transitorio al 31 de diciembre de 1991, excepto para Luxemburgo que se extenderá hasta finales de 1992, mediante el Reglamento del Consejo 2149/1991, de 25 de junio, cuando era previsto inicialmente para el 31 de diciembre de 1992, con la excepción de Luxemburgo que se extendería hasta finales de 1995 y la aprobación por el Consejo el 28 de junio de 1990, de las Directivas 90/364, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena que hayan dejado de ejercer una actividad profesional y 90/366, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, que debían ser incorporadas al Derecho interno a más tardar el 30 de junio de 1992, han hecho conveniente la adopción de una nueva disposición sobre la entrada, permanencia de los nacionales comunitarios, que, además, incorpore las soluciones adecuadas a los desajustes detectados en aplicación de la normativa contenida en el Real Decreto 1099/1986,

Especial consideración que debe hacerse extensiva a las normas sobre entrada, libre circulación y control de fronteras contenidas en el

Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990, del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, que ha sido firmado por España, el 25 de junio de 1991⁹. Este Convenio, desarrollado con objeto de superar las dificultades existentes para la consecución de la libre circulación de personas en el ámbito de la CEE, prevista inicialmente para el año 1993, pero retrasada por razones técnicas y de seguridad, en principio, hasta el 1 de enero de 1995, establece la supresión gradual de las fronteras interiores y la libre entrada y circulación de los nacionales comunitarios en el territorio de los Estados firmantes¹⁰ del Convenio. Para llevar a cabo su propósito parte de la redefinición del concepto de extranjero, ya que a

⁹ BOC 26 de octubre de 1991, Congreso de los Diputados, Serie C, Tratados y Convenios Internacionales, Nº 194-1. Al respecto es preciso señalar, que con fecha de 28 de junio de 1991 fue presentado por varios diputados de la Asamblea Nacional Francesa un recurso, según lo previsto en el art. 62.2 de la Constitución Francesa, contra la Ley que autorizaba la aprobación del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, por considerar que la medida de supresión de fronteras interiores y la creación de un Comité Ejecutivo atentaba contra la soberanía nacional y suponía una transferencia de soberanía. El Conseil Constitutionnel en su decisión nº 91-294 DC, de 25 de julio de 1991, ha considerado que la Ley de autorización no era contraria a la Constitución, aunque en sus últimos "considerandos" ha introducido una interpretación "neutralizante" de las disposiciones del Convenio de aplicación, al recusar el efecto directo de las decisiones del Comité Ejecutivo sobre el territorio de los Estados Parte y «al indicar que las medidas tomadas por las autoridades francesas, como consecuencia de las decisiones de dicho Comité, estarán sometidas al control de las jurisdicciones francesas, en el ámbito de sus respectivas competencias». Vid. Decisión del Conseil Constitutionnel nº 91-294 DC, de 25 de julio de 1991 y el comentario de G. VEDEL : "Schengen et Maastricht", ambos en «RFDA» 8(2) mars-avr., 1992, pp. 180-186 y 173-180, en especial p. 175.

¹⁰ Los Estados firmantes del Acuerdo de Schengen son: Alemania, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Francia, Italia, Portugal y España, quedando fuera Grecia, por no contar con fronteras comunes a la CEE, Dinamarca, debido a sus compromisos con el Consejo Nórdico, Irlanda y Gran Bretaña, por sus condiciones geográficas propias y en el caso de Gran Bretaña, por ser contrario a las medidas de supresión de control de fronteras.

partir de su entrada en vigor serán extranjeros, para los Estados Parte del Convenio: "toda persona que no sea nacional de los Estados miembros de las Comunidades Europeas"¹¹, es decir los nacionales de Terceros Estados, estableciendo a continuación un conjunto de medidas compensatorias derivadas de la supresión de los controles fronterizos interiores, dirigidas a fortalecer las fronteras exteriores, mediante el control de la entrada de extranjeros en el territorio común, y a permitir la libre circulación de los nacionales comunitarios, garantizando al mismo tiempo el actual nivel de seguridad y orden público en el espacio común, como son el establecimiento de visados y política de asilo comunes, de medidas de cooperación policial, de asistencia judicial en materia penal y en materia de extradición, así como las modalidades de persecución transfronteriza en caliente y la creación del Sistema de Información de Schengen¹². Todo ello, tiene como consecuencia, que la normativa

¹¹ Art. 1 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990, al que se adhirió España el 25 de junio de 1991.

¹² Acuerdo de Schengen al que se ha opuesto firmemente, según hemos apreciado, el Parlamento Europeo al considerar que ha sido marginado en la toma de decisiones en favor de la Comisión (si bien es preciso tener en cuenta que el control de fronteras y el orden público no son competencia de la Comisión y que, por lo tanto, sólo puede incentivar este tipo de acuerdos, al objeto de conseguir la libre circulación). El Parlamento Europeo se muestra preocupado porque la supresión de controles interiores va a suponer la exigencia de visados para un alto número de Estados (98), y a la vez porque la concesión a la policía de nuevas competencias no sometidas a control, pueda llevar a una acción policial y a una recogida de información arbitraria. Asimismo el Parlamento Europeo considera, que en el momento actual el Acuerdo de Schengen es innecesario y que la instauración de la libre circulación y del control de fronteras ha de hacerse en el marco de los Doce, estableciendo un procedimiento único y simple para la entrada de extranjeros guiado por los principios democráticos y humanistas y que tenga en cuenta las condiciones ya propuestas por el propio Parlamento Europeo. Vid. Resolución de 23 de noviembre de 1989 (DOCE C 323, 27. 12. 89, p. 98), Resolución de 15 de marzo de 1990 (DOCE C 96, 14.04.90, p.274) y Resolución de 22 de febrero de 1991 (DOCE C 72, 18.03.91,

vigente en Derecho español en materia de extranjería sea objeto de una modulación, ya que a partir de su entrada en vigor las disposiciones de la Ley de Extranjería deberán ser complementadas con las contenidas en el Convenio de aplicación, destinadas fundamentalmente a controlar los flujos de nacionales de Terceros Estados, pues, si bien la aplicación del contenido del Convenio, no supone, como sería de desear, la sustitución de las disposiciones internas sobre entrada y circulación de extranjeros, nacionales de Terceros Estados, mediante la aplicación de una normativa nueva y común no sólo a todos los Estados Parte, sino a todos los Estados miembros de la CEE, mediante la fórmula de un Reglamento comunitario, que tuviera en cuenta las consideraciones del Parlamento Europeo, sí supone la aplicación de normas y criterios comunes de control de entrada y circulación de personas, que si bien no neutralizan la legislación interna española, si la modula de modo considerable.

El Acuerdo de Schengen, firmado por Estados miembros de la CEE, pero fuera del propio ámbito de la Comunidad, surge como consecuencia de las negociaciones en el interior de la Comunidad dirigidas a la construcción de la Europa de los Ciudadanos, objetivo no sólo económico sino también altamente simbólico y con un contenido muy visible para los ciudadanos, que se ha plasmado en el Proyecto de Tratado de la Unión Europea, firmado por los representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, en febrero de 1992. Sin embargo, la puesta en práctica de esta Europa de los Ciudadanos presenta grandes problemas, derivados de la supresión de fronteras interiores y del control de las fronteras exteriores a la CEE, es por ello, por lo que, tras el Consejo Europeo de junio de 1984, que adopta una declaración relativa a la supresión en las

p.215).

fronteras interiores de las formalidades de policía y aduana para la circulación de personas y mercancías, se inician una serie de acuerdos bilaterales y multilaterales entre Estados Miembros de la Comunidad, fuera de su ámbito institucional pero auspiciados por ella, dado que el control de fronteras y el orden público no son de su competencia¹³, dirigidos al establecimiento de la libre circulación y de la supresión de fronteras.

Alemania y Francia firman el Acuerdo de Sarrebrück, de supresión de fronteras, el 13 de julio de 1984, ese mismo año, Bélgica, Holanda y Luxemburgo, que desde 1960 constituían un territorio único para la circulación de personas muestran su interés por el proceso iniciado.

La proximidad geográfica, la similitud de problemas en materia de seguridad e inmigración de los cinco Estados y la experiencia adquirida por el Benelux, auspician la ampliación de las consultas bilaterales, que se transforman en multilaterales y que dan como resultado la firma del Acuerdo de Schengen, el 14 de junio de 1985, que preveía su entrada en vigor, "si era posible antes del 1 de enero de 1990", lo que posibilitaría su extensión al ámbito comunitario en 1993. Acuerdo que no era directamente aplicable sino que precisaba de la ratificación parlamentaria en cada Estado signatario¹⁴. Sin embargo, los acontecimientos derivados de

¹³ La Comisión ha mostrado en el área de la libre circulación de las personas, como señala el Sr. BANGEMANN en su nombre, en respuesta común a las preguntas escritas realizadas por el parlamentario europeo Sr. GALLAND, un actitud general más bien pragmática que doctrinal, a fin de evitar cualquier discusión dogmática sobre cuestiones de competencia, que tendrían como único resultado el retraso en la consecución de la libre circulación, por ello ha preferido que se desarrollen convenios y acuerdo intergubernamentales (como el Acuerdo de Schengen) a regular esta materia a través de directivas sobre áreas conflictivas de competencia comunitaria. Vid. "Respuesta común a la preguntas escritas nº 2226, 2227, 2228, 2229, 2230, 2231, 2232, 2233, 2234, 2235, 2236, 2237, 2238, 2239, 2240/90" (DOCE C141 de 30.05.91).

la caída del muro de Berlín y la posterior unificación alemana, impidieron su puesta en práctica, lo que a su vez permitió, que otros Estado miembros de la CEE, como son Italia, Portugal y España solicitaran su incorporación al Acuerdo de Schengen y al posterior Convenio de aplicación del Acuerdo.

La incorporación de España a este Acuerdo fue una decisión política auspiciada por la práctica totalidad de los Grupos Parlamentarios, mediante una Proposición no de Ley presentada el 13 de marzo de 1991¹⁵, que instaba al Gobierno en su punto 11 a "avanzar decididamente en la integración de España en el futuro espacio europeo sin fronteras, con la adhesión al Acuerdo de Schengen y la participación activa en los trabajos comunitarios en la perspectiva de 1993", con objeto de no quedarse rezagado en la construcción europea y, asimismo, como medio de control de la inmigración, dadas las exigencias que en materia de control de fronteras exteriores supone la aplicación del Acuerdo de Schengen, prevista para el segundo semestre de 1993, que exige a España para su entrada en vigor, el efectivo control de sus fronteras exteriores¹⁶.

Finalmente, al determinar el marco jurídico de los extranjeros, no podemos pasar por alto el hecho de que la Adhesión de España a la CEE,

¹⁴ J. Ch. PEAUCELLE: "L'inmigration et la libre circulation des personnes en Europe: enjeux et perspectives.", en «RFDA», nº 6(4), 1990, pp.516-518.

¹⁵ Proposición no de Ley ante el Pleno (BOC 22 de marzo de 1991, Congreso de los Diputados, Serie D, Actos de Control, Nº 165). Esta Proposición no de Ley fue firmada por el Grupo Socialista, Grupo Parlamentario Popular. G. P. Catalán (CIU), G. P. del CDS, Grupo Mixto -AIC, Grupo Mixto Euskadiko -Ezkerria y Grupo Vasco.

¹⁶ Según establece el Punto I del Acta Final del Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990, al Acuerdo de Schegen.

con la dicotomía que implica la diferenciación entre nacionales comunitarios y resto de extranjeros, no haya producido apenas efecto sobre la legislación española en materia de entrada y residencia de los extranjeros no nacionales de Estados Miembros de la CEE, en contraposición con otros ámbitos sociales y económicos, produciéndose con ello, el desarrollo de dos regímenes jurídicos distintos aplicables a los extranjeros, uno, privilegiado, producto de la normativa comunitaria, para los nacionales de Estados Miembros, y otro, propio de la normativa interna de cada Estado Miembro, para los demás extranjeros¹⁷.

La situación expresada es consecuencia de la falta de competencia de las Instituciones Comunitarias en materia de políticas de inmigración, seguridad e interior, que siguen siendo competencia exclusiva de cada Estado Miembro. Ello produce la práctica ausencia de normativa comunitaria sobre la materia, con la excepción del desarrollo por la Comisión, en virtud del artículo 121 del Tratado de Roma, de disposiciones sobre extensión de regímenes nacionales de Seguridad Social a los trabajadores de Terceros Estados, y de la Decisión de la Comisión de 8 de junio de 1988, que obliga a cada Estado Miembro a concertar con los otros, cuando pretende modificar la normativa aplicables a los extranjeros nacionales de Terceros Estados. Esta última Decisión está motivada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas de 9 de julio de 1987, que si bien anula, en parte, una anterior Decisión de la Comisión de 8 de julio de 1985¹⁸, por considerar que la

¹⁷ Que, sin embargo, será modulado para aquellos Estados Parte, por la entrada en vigor del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

¹⁸ El intento por parte de la Comisión de establecer un procedimiento de notificación previa y concertación sobre políticas migratorias en relación a Terceros Estados, mediante la Decisión de 8 de julio de 1985, fue recurrida ante el Tribunal de Justicia de la Comunidades

Comisión no es competente para asignar al procedimiento de concertación el objetivo de asegurar la conformidad de las medidas nacionales con las políticas y acciones comunitarias, rompe una lanza en favor de la Comisión, al admitir su competencia en determinados aspectos relacionados con la política de inmigración por considerar que entran dentro del ámbito de la política social en el sentido estipulado en el art. 118 del Tratado.

Es preciso resaltar la importancia de la Jurisprudencia reseñada, pues se trata de la primera Sentencia en un ámbito en el que los Estados Miembros defienden celosamente sus prerrogativas y su soberanía. La Sentencia pone de manifiesto, una vez más, el papel motor que juega el Tribunal de Justicia de la Comunitàes en el proceso de integración europea y da entrada a una intervención de las Instituciones Comunitarias en la materia, defendida tanto por la Comisión como por el Parlamento Europeo¹⁹, sin embargo, la realización del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, celebrado fuera del ámbito comunitario, e incluso el contenido del artículo K del Proyecto de Tratado de la Unión, que introduce un Título VI al Tratado de Roma, que desarrolla las "Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la Justicia y de los asuntos de interior" y que hace referencia a la cooperación entre Estados Miembros en materia de inmigración seguridad e interior, excluyen a las Instituciones Comunitarias de esta ámbito de competencias, si bien el Europeas por Alemania, Francia, Reino Unido, Países Bajos y Dinamarca, siendo preciso señalar, que el Parlamento Europeo, se incorporó como parte en el proceso, en un intento de apoyar a la Comisión en su política de armonización.

¹⁹ Vid. G. DESOLRE: "Observations" al Arrêt CJCE 9 juillet 1987, Compétence de la Communauté en général et de la Commission en particulier en matière de politique migratoire vis-à-vis des Etats tiers" en «CDH», 1990, N°3-4, p.464.

Proyecto de Tratado de la Unión es más receptivo a la intervención de estas Instituciones pues prevé, en el mismo Título VI, que el Consejo, a iniciativa de un Estado Miembro o de la Comisión, pueda adoptar acciones comunes en esta materia, aunque el carácter supranacional de su intervención queda supeditando a que "los objetivos de la Unión puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados Miembros", no pudiendo, además, impedir "la cooperación más estrecha entre dos o más Estados Miembros"²⁰.



La Ley de Extranjería, su Reglamento, el régimen jurídico aplicable a los nacionales de los Estados Miembros de la CEE y el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, con el complemento de la Ley de Asilo y condición Refugiado de 26 de marzo de 1984, en calidad de categoría especial de extranjeros constituyen el punto de referencia normativo objeto de sucesivo análisis, con el complemento de la doctrina jurisprudencial española y comunitaria y los textos normativos y jurisprudenciales de Derecho comparado.

²⁰ Arts. K 3) y K 7) del Proyecto de Tratado de la Unión.

IV - DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.-

El análisis de los Derechos y Libertades de los extranjeros en España permite valorar el tránsito de la normativa preconstitucional a la regulación que del tema hace la Constitución Española de 1978 y su posterior desarrollo¹. La diferencia de situación viene dada, por la ignorancia de estos Derechos y Libertades en las Leyes Fundamentales que conformaban el precedente régimen político y por la falta de regulación de la misma condición del extranjero dentro de ese cuadro normativo. Los planteamientos nacionalistas orientaron la vida política de un régimen, cuya ley base, el Fuero de los Españoles, como su propio nombre indica, excluía a los extranjeros. Las Leyes Fundamentales estaban basadas en principios autoritarios incompatibles con los Derechos y Libertades, mostrando, además, una fuerte tendencia a la potenciación de los Deberes frente a los Derechos².

¹ Ya que como señala I. BORRAJO INIESTA, "la extranjería ofrece un balcón privilegiado para observar las profundas transformaciones inducidas en nuestro Derecho Público por la Constitución, pues al estar cuantitativamente limitada, es un área que permite ver en todas sus dimensiones la renovada sujeción de la Administración Pública a la Ley y al Derecho y el consiguiente reequilibrio entre los poderes ejecutivo y judicial". Vid. su trabajo: "El status constitucional de los extranjeros" en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, De los Derechos y Deberes Fundamentales, T. II, cit., p.698.

² En su calidad de cualificado miembro del constituyente, el Prof. PECES BARBA señala del proceso de elaboración del Título I de la Constitución sobre Derechos Fundamentales: " El argumento político central era que la Constitución tenía que ser el signo de la ruptura desde un sistema autoritario a uno democrático, y que el cauce para ese objetivo exigía unos contenidos materiales que expresasen los grandes principios y valores democráticos y los

El aislamiento internacional, consecuente al arraigo nacionalista, fue el inevitable efecto inducido, que situó al Estado Español al margen de las Declaraciones de Derechos Internacionales³. Afortunado ha sido el tránsito entre el nacionalismo autoritario, que ignoraba los Derechos y Libertades de los extranjeros, mediante la cláusula de las exigencias de orden público⁴ y que coexistía con el determinismo que cualificados intereses extranjeros podían ejercer en las Instituciones y la Economía del País, y la Constitución de 1978, que incorpora a los extranjeros, in genere, al disfrute de los Derechos y Libertades, dentro del Estado Español, Social y Democrático de Derecho. El punto intermedio ha estado en la ratificación por parte de España de los Tratado Internacionales que amparan estas Libertades Públicas⁵.

derechos fundamentales, que eran el signo más representativo de ese patrimonio". Vid. G. PECES BARBA: " Génesis de los Derechos Fundamentales" en Introducción a los Derechos Fundamentales, X Jornadas de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (Madrid mayo 1988), Vol. I, p.291.

³ La Jurisprudencia reflejó esta problemática: "Que rechazada la invocación al real o supuesto derecho comparado como raíz imperativa de las decisiones administrativas en España, la única Declaración de Derechos del mundo civilizado aceptada por España es la de París, de 10 de diciembre de 1948, por falta de ratificación de la de 10 de diciembre de 1966, y en aquella, el derecho de salida y regreso del país, del artículo 13, se subordina en el artículo 29 a las limitaciones impuestas por varias causas entre las que figuran la previa exigencia del orden público, criterios con los que han coincidido las sucesivas Constituciones y las Leyes Fundamentales españolas" STS.25 de octubre de 1971, Ponente: Sr. CORDERO TORRES, (RAJ 1971, 4269), Vid. CASTELL ARTECHE: El Derecho de libre desplazamiento y el Pasaporte en España, Madrid 1974, pp. 187-188.

⁴ Al respecto, A. JIMENEZ ASENJO : "Protección jurídico policial de los Derechos Humanos", en Estudios Homenaje al Prof. Castán Tobeñas, Vol. III, Pamplona 1969, pp. 268-301.

⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la 183

El Texto Constitucional de 1978, en coherencia con la previa ratificación de los Tratados, Convenios y Pactos Internacionales, muestra el interés que a los parlamentarios constituyentes -en consenso con las demandas sociales y doctrinales⁶- les mereció la normativa internacional referente a los Derechos y Libertades Públicas y, por ello, el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución establece estrecha correlación de las "Normas relativas a los Derechos Fundamentales y a la Libertades Públicas que la Constitución reconoce" y su obligada interpretación "de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados, y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España"⁷.

El Artículo 10 de la Constitución incorpora otra aportación: la vinculación de la Constitución con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, incorporada a nuestro Ordenamiento a través de directa referencia a ella del art. 10.2 de la Constitución Española de 1978; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, también ratificado por España el 13 de abril de 1977.

⁶ En este sentido y, entre otras muchas aportaciones, es significativo el volumen coordinado por V. AGUILERA: Política y Derechos Humanos, con aportaciones de M. ATIENZA, G. PECES-BARBA, E. DIAZ, J. C. FERNANDEZ ROZAS y J. D. GONZALEZ CAMPOS, Seminario de Filosofía del Derecho, Valencia 1976.

⁷ Sobre la problemática gestación de este precepto constitucional vid. la cualificada aportación del entonces Senador D. Lorenzo MARTIN-RETORTILLO, y su intervención en la Comisión Constitucional del Senado en defensa de la inclusión en el Texto constitucional de la expresa mención a las Declaraciones de Derechos: "Las grandes Declaraciones de Derechos Humanos, ¿Trampa o garantía?", en Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado), Madrid 1984, pp.71-85.

culación que realiza de los Derechos Fundamentales y de las Libertades públicas a los valores⁸, que tienen su última "ratio" en "la dignidad de la persona", "el libre desarrollo de la personalidad", "el respeto a los derechos de los demás"; desvinculados, de modo intencional, de denominaciones jurídicas más precisas como son los términos "ciudadanos", "administrados" o "nacionales", para conectar directa y claramente con la idea de que los Derechos y Libertades Fundamentales lo son de la persona, sin calificativos, como la nacionalidad o la condición personal⁹.

Los extranjeros son incorporados en la comunidad socio-política española al disfrute de estos Derechos y Libertades y con esta idea, el ya analizado artículo 13 de la Constitución Española de 1978, reguló la condición de los extranjeros en el Estado Español, y les reconoce el goce de los Derechos y Libertades Públicas, que el Título I garantiza a los españoles, pero condicionándolos, como establece el inciso final del

⁸ El texto Constitucional emplea el término valores para los enunciados en el artículo 1.1, al referirse a los valores superiores del Ordenamiento jurídico: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, precepto objeto de análisis en su génesis e implicaciones formales por el Prof. PECES BARBA en su estudio Los valores superiores. Madrid 1984, y que ha sido objeto de la consideración del Prof. PAREJO ALFONSO, quien en el análisis sistemático del Título Preliminar de la Constitución aprecia el valor fundamental de la "dignidad humana". al que reconduce la motivación de los valores y principios que la Constitución expresa. Vid. sus consideraciones sobre la referencia social en los Derechos Fundamentales, en El Concepto de Derecho Administrativo. cit., pp.213-222; Vid. item: "Los valores en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí, Madrid 1989, pp. 923-977. Una aproximación a esta problemática, C.F. MOLINA DEL POZO: "Reflexiones en torno al artículo 10 de la Constitución" en Introducción a los Derechos Fundamentales, Vol. III, X Jornadas de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, cit., pp. 1687-1724.

⁹ Al respecto, la obra del Prof. GONZALEZ PEREZ: La dignidad de la persona. Madrid 1986.

párrafo primero del artículo 13 a lo establecido por la ley y los tratados, lo que no es más que el efecto inducido de los términos en los que está redactado el artículo 29.2 de la Declaración Universal, al supeditar el goce y el ejercicio de los Derechos Humanos a las condiciones establecidas por la ley, y contener el artículo cuarto de cada uno de los Pactos, una cláusula de salvaguarda mediante la cual, cuando se produzcan situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de una nación los Estados partes en los Pactos podrán, aunque sometidos a determinados requisitos y límites, adoptar disposiciones que suspendan las obligaciones contenidas en éstos¹⁰. El mismo artículo 13, precisa en su párrafo segundo, en correlación con el artículo 23 de la Constitución, la prohibición para los extranjeros de intervenir en "asuntos públicos", con una salvedad, la posibilidad de ejercitar el sufragio activo en las elecciones municipales, aunque no de una manera general a todos los extranjeros, sino mediante la aplicación del principio de reciprocidad.

La conexión entre los Derechos y Libertades de los extranjeros y los Derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, es la clara manifestación de la capacidad receptiva de las Cortes Constituyentes, para incorporar lo que precisamente negó el régimen político anterior, enfoque que, si bien fue objeto de una reacción consensuada¹¹, tiene un punto positivo al incorporar al Derecho Español las aportaciones del Derecho

¹⁰ J.C. FERNANDEZ ROZAS: "La protección internacional de los Derechos Humanos y su proyección en el orden jurídico interno", en Política y Derechos Humanos, cit., p. 117.

¹¹ En este sentido A.E. PEREZ-LUÑO: Los Derechos Fundamentales, Madrid 1984, pp. 55-57, quien aprecia que la equivocidad, imprecisión y ambigüedad con que son tratados los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas en nuestra Constitución es consecuencia del consenso entre las diferentes fuerzas políticas, con la ventaja de evitar que sus contenidos respondan exclusivamente a unos intereses de partido o sectoriales.

Internacional que, en la época posterior a la 2ª Guerra Mundial, fué sensible a acontecimientos trágicos y lesivos para las Libertades, lo que fué un estímulo para establecer cauces internacionales para la Protección de los Derechos Humanos¹² y que, como fin último, están orientados a asegurar a todos los hombres, independientemente de su raza, lugar de nacimiento o ideología un conjunto básico de Derechos y Libertades¹³. Ello implica, como resultado último, el propósito de identificar los Derechos Fundamentales con un sistema de valores y principios de alcance universal¹⁴, con el importante complemento, de que estos Derechos se pretenden garantizar, mediante la creación y puesta a punto de instituciones concretas, a un triple nivel: estatal, de áreas interestatales homogéneas (nivel regional) e instancias internacionales¹⁵. Esta proble-

¹² En esta línea el cualificado testimonio del Prof. René CASSIN sobre los antecedentes y la exégesis de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "El problema de la realización de los Derechos Humanos en la Sociedad Universal", conferencia pronunciada en la Universidad Autónoma de México y publicada en el volumen Veinte años de evolución de los Derechos Humanos, Mexico 1974, pp. 387-398. Con notable contundencia se expresa el Prof. BATTAGLIA: "Se trata de concebir los derechos esenciales y fundamentales como verdaderamente absolutos, anteriores logicamente e idealmente, en cuanto valores, no sólo del Estado, que debe respetarlos, sino también a la Comunidad internacional, a quien se confía su tutela. Contra sus posibles violaciones por parte del Estado debería ser factible el recurso a los órganos de la Comunidad internacional. Vid. F. BATTAGLIA: Los Derechos Fundamentales del hombre, del ciudadano y del trabajador: Esencia, evolución, perspectivas futuras, en Estudios de teoría del estado, Publicado por el Real Colegio de España en Bolonia, 1966, pp169-170.

¹³ Vid. A.E. PEREZ LUÑO: Los Derechos Fundamentales. Cit., pp. 41-42.

¹⁴ Vid. R. CASSIN: "Protección nacional e internacional de los Derechos Humanos", en Veinte años de evolución de los Derechos Humanos, cit., pp. 399-407. Desde la perspectiva constitucional española Vid. J.L. CASCAJO CASTRO: "El problema de la protección de los Derechos Humanos", en Los Derechos Humanos. significación, estatuto jurídico y sistema. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1987, pp. 262-276.

¹⁵ Al respecto, J.L. CASCAJO CASTRO: "El problema de la protección de los Derechos

mática muestra que la tutela de los Derechos y de la Libertades Fundamentales de la persona humana han tenido la virtud de modificar de manera decisiva los aspectos tradicionales de las competencias de los Estados¹⁶, al tiempo que el ordenamiento internacional ha sentido progresivamente el impacto de las políticas constitucionales internas en base al respeto de la persona humana¹⁷, mutua interrelación de ordenamientos, que no ha estado exenta de tensiones y contradicciones, en las que se expresan las limitaciones de ambos órdenes jurídicos, sin duda como efecto de lo que ha sido calificado como una situación de legalidad intermedia, de transición, producto de respuestas orientadas por soluciones de emergencia, en las que se deja sentir la ideología ambigua de quienes intentan conservar las viejas estructuras hasta donde sea

Humanos" en Los Derechos Humanos, significación, estatuto jurídico y sistema; cit, pp. 278-299. Como ejemplo de área interestatal homogénea la Convención Europea de Derechos Humanos, Vid. con el mismo título, el estudio de ROBERTSON, en Veinte años de evolución de los Derechos Humanos, cit., pp. 409-423.

¹⁶ Tutela de los Derechos Humanos, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos realiza, mediante el desarrollo de técnicas de interpretación no unívocas sino dialécticas de contenido variable, que permiten valorar desde la perspectiva de la armonización de los ordenamientos europeos, el grado de pertenencia o proximidad de una norma nacional respecto a la europea, de modo tal, que la decisión final emana de un efectivo "confrontamiento normativo". Vid. A. GARGANI: "Il Diritti dell'Uomo tra istanze e Ragion di Stato: a proposito del recente volume Raisonner la raison d'Etat" en «RIDU», nº 3 (1990) p.526. Técnica ya puesta de manifiesto por el Profesor L. MARTÍN-RETORTILLO: "Derechos y Libertades Fundamentales, estandar nacional y competencia de la Comunidades Autónomas" en Organización territorial del Estado (Comunidades Autonomas), Vol. III, Dirección General de lo Contencioso del Estado, IEF, Madrid 1984, p.1822.

¹⁷ J.C. FERNANDEZ ROZAS: "La protección internacional de los Derechos Humanos y su proyección en el orden jurídico interno", en Política y Derechos Humanos, cit., p. 105.

posible y de quienes pretenden modificar estas estructuras¹⁸

1º.- La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de Derechos y Libertades.

El Tribunal Constitucional ha valorado el "contenido esencial" de los Derechos Fundamentales, y su preexistencia conceptual a su reconocimiento legislativo: "Muchas veces el nomen y el alcance del derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta reconocido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto de derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y, en este sentido, se puede hablar de una reconocibilidad de este tipo abstracto en la regulación concreta"¹⁹.

El doble carácter de los Derechos Fundamentales, el vinculado a los derechos individuales y el vinculado a los contenidos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad, implica otra aportación de la doctrina del Tribunal Constitucional: "En primer lugar, los Derechos Fundamentales son derechos subjetivos, derecho de los individuos no sólo en cuanto derecho de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o libertad a un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el

¹⁸ B. DE CASTRO CID: "Los Derechos sociales: análisis sistemático", en Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los Derechos Humanos, Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, Murcia 1978, p. 17.

¹⁹ Fto. Jco. 8º, STC 11/1981, de 8 de abril, Magistrado Ponente: Sr. DIEZ PICAZO. Jurisprudencia Constitucional 1980-81, T. I, pp. 174-217.

Estado de Derecho, más tarde, en el Estado Social y Democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución Española (Art.1). Esta doble naturaleza de los Derechos Fundamentales, desarrollada por la doctrina se recoge en el artículo 10.1 de la Constitución (en la que) se encuentran afirmaciones parecidas en el Derecho Comparado y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo , párrafo 1º) y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa (Preámbulo, párrafo 4º)²⁰.

En el Fundamento Jurídico transcrito, el Tribunal Constitucional expresa, con una gran claridad, la vinculación estatal e interestatal de los Derechos Fundamentales y, la aplicación de estos Derechos, no sólo a los ciudadanos del Estado, cualificados por la previa posesión de la nacionalidad, sino que los vincula al concepto previo de persona o individuo, haciendo abstracción de la nacionalidad , que puede o no poseer, y que están orientados por principios de libertad, criterios de los que el Tribunal Constitucional extrae, en la misma Sentencia, las siguientes conclusiones: "Los Derechos Fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos, individual y colectivamente, constitutivos de un ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establece, por así decirlo, una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúa como fundamento de la unidad política sin mediación alguna"²¹.

De la doctrina expuesta se infiere la triple conexión entre las Personas, los Derechos Fundamentales y el Estado y, en consecuencia, la

²⁰ Fto. Jco. 5º, STC 25/1981, de 14 de julio, Magistrado Ponente: Sr. TRUYOL SERRA. Jurisprudencia Constitucional 1981, T. II, pp. 122-140.

²¹ Fto. Jco. 5º, STC 25/ 1981, 14 de julio, cit.

necesaria interdependencia del Ciudadano y de sus Derechos Fundamentales, aunque, si bien es de apreciar la aún necesaria conexión con la Unidad Jurídica Estado, preciso es significar que la dualidad Persona - Derechos Fundamentales no es relativizada en el esquema institucional español, ya que la Constitución Española de 1978, en su artículo 10, incorpora como primera fuente interpretativa de los Derechos Fundamentales y las Libertades que la Constitución reconoce, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre la materia, ratificados por España.

La directa conexión entre Derechos Fundamentales y Constitución, sin necesidad de que la Administración los reconozca previamente, es otro factor a destacar en la doctrina del Tribunal Constitucional. Al considerar el ejercicio de la libre expresión de pensamiento, ideas y opiniones (art. 20. 1 de la Constitución) el Tribunal Constitucional establece: "No tiene porqué ser reconocido expresa y formalmente por la Administración, ya que él mismo nace directamente de la Constitución Española y su titular no tiene, por consiguiente, para ejercitarla que esperar a un previo reconocimiento administrativo... se trata de una de las libertades de los sujetos particulares que no exige más que una mera actividad de no ingerencia por parte de los Poderes Públicos"²².

La doctrina del Tribunal profundiza sobre la directa aplicación de los Derechos Fundamentales, conforme a la regulación constitucional, y se pronuncia en relación a la vinculación real y positiva que debe existir entre Poderes Públicos y la Constitución. El problema específico que provocó el pronunciamiento doctrinal del Tribunal Constitucional tiene su origen en la Libertad de expresión, con implicación de los apartados a) y

²² Fto. Jco. 1º, STC 77/1982, de 20 de diciembre, Magistrado Ponente: Sr. DIEZ DE VELASCO. Jurisprudencia Constitucional 1982, T. IV, pp. 485-494.

d) del artículo 20 de la Constitución. El Tribunal Constitucional especifica: "La libertad de los medios de comunicación, sin la cual no sería posible el ejercicio eficaz de los Derechos Fundamentales que el artículo 20 de la Constitución enuncia, entraña seguramente la necesidad de que los Poderes Públicos además de no estorbarla, adopten las medidas que estimen necesarias para renovar los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales debe oponerle. La cláusula del Estado Social (art.1.1) y en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el artículo 9.2 imponen sin duda actuaciones positivas de este género. No cabe derivar, sin embargo, de esta obligación el Derecho a exigir el apoyo con fondos públicos a determinados medios privados de comunicación social o a la creación o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público"²³.

La doctrina del Tribunal Constitucional impone a los Poderes Públicos una obligación de hacer, a la hora de proteger y desarrollar los Derechos Fundamentales, ya que les obliga incluso a neutralizar las opiniones y opciones sociales que pretendan relativizarlos, lo que no obsta para reconocer criterios moduladores en el ejercicio de estos Derechos, lo que a su vez introduce la idea de límite a los Derechos Fundamentales.

La directa aplicación de los Derechos y Libertades Fundamentales, y los límites que pueden condicionar su ejercicio, son objeto de posterior precisión: "Vinculan a todos los poderes públicos (art. 9.1 y 53.1 de la Constitución), y son origen inmediato de los derechos y obligaciones y no meros principios programáticos... Este principio general no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia

²³ Fto. Jco. 5^º, STC 6/1981, de 16 de marzo, Magistrado Ponente: Sr. RUBIO LLORENTE. Jurisprudencia Constitucional 1980-81, T. 1, pp. 112-126.

Constitución o que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicables"²⁴.

La doctrina que expresa el fundamento jurídico expuesto es importante pues sirve de entrada a la problemática del efectivo ejercicio de los Derechos y Libertades Fundamentales, con proyección sobre los Derechos y Libertades que el artículo 13 de la Constitución reconoce a los extranjeros; es importante también, porque expresa de un modo más preciso los posibles límites al ejercicio de los Derechos Fundamentales: "Se trata en todo los casos de Derechos que tienen límites necesarios, que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros Derechos o de los que respetando siempre su contenido esencial, puede establecer el legislador"²⁵.

La doctrina del Tribunal Constitucional nos permite hacer las opor-

²⁴ Fto. Jco. 8º, STC 15/1982, de 23 de abril, Magistrado Ponente: Sra. BEGUÉ CANTON. Jurisprudencia Constitucional 1982, T. III, pp. 196-209.

²⁵ Fto. Jco. 7º, STC 4/1981, de 13 de febrero, Magistrado Ponente: Sr. GÓMEZ - FERRER MORANT. Jurisprudencia Constitucional 1980-81, T. I, pp. 31-61. Límites de los Derechos Fundamentales que no pueden plantearse, según considera I. OTTO y PARDO, en términos de colisión entre derechos o entre derechos y bienes, sino como un problema de interpretación de las normas en la que se trata de delimitar las fronteras de los derechos, de trazar los límites en los que la propia norma constitucional configura los derechos fundamentales. Siendo preciso para ello, en primer lugar, la identificación del ámbito de la realidad aludida y en segundo lugar la fijación del contenido y alcance de la protección constitucional que el precepto que reconoce el derecho quiere dispensar. Esta doble fijación del contenido de los derechos, nos permite comprobar que es la propia Constitución la que ha delimitado con una norma la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho, no siendo necesario acudir a la jerarquía de bienes y valores, ni elevar a la categoría constitucional ciertas cuestiones de rango meramente legal, sino a la exégesis de los preceptos constitucionales. Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER e I. de OTTO y PARDO: Derechos fundamentales y Constitución, Madrid 1988, pp. 135-145.

tunas precisiones al artículo 13 de la Constitución. En este sentido, es de destacar la contribución del Tribunal a una precisa glosa del precepto:

- El condicionamiento del ejercicio de la Libertades Públicas - "término" que "no tiene, obviamente, un significado restrictivo"²⁶- que garantiza la Constitución, en su Título I, a los criterios que establecen los tratados y la ley²⁷, lo que supone un primer límite que, a su vez, produce un debilitamiento en el momento de aplicar la Constitución a los extranjeros, aunque, sin embargo, no significa que "los extranjeros gozarán en España de las Libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades que «garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley», de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y por lo tanto dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son normas todas ellas sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal"²⁸.

- La limitación, establecida en el artículo 13. 2 y ratificada en el artículo 23 de la Constitución, que implica, el reservar a los "españoles" la titularidad de los Derechos de participación en "asuntos públicos" y de "acceder a ... funciones y cargos públicos", con la única excepción, a su vez, de que, conforme al principio de reciprocidad, pueden acceder al sufragio activo o pasivo en las elecciones municipales.

²⁶ Fto. Jco 3º, STC 107/1984, de 23 de noviembre. Magistrado Ponente: Sr. RUBIO LLORENTE, Jurisprudencia Constitucional 1984, T. X, pp. 199-210.

²⁷ Declaración general, que supone para el Prof. PECES-BARBA la desconstitucionalización del precepto. Vid. G. PECES-BARBA: "Reflexiones sobre teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución" en Revista de Derecho de la Universidad Complutense», 1978-1981. Monográfico nº 2, p.41.

²⁸ Fto. Jco. 3º, STC 107/1984, de 23 de noviembre, cit.

Con estas limitaciones que emanan directamente de la Constitución, y de otras posibles derivadas conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, de la "naturaleza misma de la norma", paso a considerar los Derechos y Libertades Públicas contenidas en el Título I de la Constitución desde la perspectiva de la condición del extranjero, con este análisis pretendo delimitar el efectivo caudal de Derechos que los extranjeros pueden ejercitar en España y ver si realmente se produce la premisa individuos- Derechos Fundamentales, idea contenida en la doctrina del Tribunal Constitucional, con independencia del condicionante de la nacionalidad.

2º.- Los Derechos y Libertades de los extranjeros en el Título I de la Constitución.-

El análisis del Título I de la Constitución, al que globalmente se refiere el artículo 13 de la misma, nos permite precisar, desde un primer momento, una situación clara. Los extranjeros son, en principio, beneficiarios de los Derechos y Libertades previstos y regulados en las dos Secciones del Capítulo Segundo y de los Derechos derivados del Capítulo Tercero, previa materialización en este último caso, en la legislación positiva, que conforme al artículo 53.3 de la Constitución tienen que informar y orientar la práctica judicial y la actuación de los Poderes Públicos²⁹: Una vez determinado el ámbito operativo de las Libertades Públicas que los extranjeros pueden tener en España, habiendo realizado la exclusión, obligatoria, derivada del mandato contenido en el párrafo segundo del artículo 13, de los Derechos contenidos en el artículo 23 de la

²⁹ Criterio expresado por el Tribunal Constitucional en Fto Jco 3º, Sentencia 107/1984, cit.

Constitución, y sin desconocer las implicaciones sistemáticas en el Texto Constitucional de los Derechos y Libertades Fundamentales, desde la problemática Derechos de la Persona- Derechos Ciudadanos, me centro en los que preconditionan la posición del extranjero como sujeto jurídico en el Estado Español³⁰. Para ello es preciso considerar la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en sus Sentencias de 23 de noviembre de 1984, de 30 de septiembre de 1985, de 7 de Julio de 1987 y de 19 de abril de 1988, que se han pronunciado sobre el Derecho a la Igualdad y la configuración de los Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su grado de disfrute por los mismos.

a) - Derecho de Igualdad ante la Ley.

En el Capítulo Segundo, en el encuadre "Derechos y Libertades", está particularizada una primera exclusión, la contenida en el artículo 14, que reserva a los españoles la aplicación del principio de igualdad ante la Ley³¹. Esta idea de igualdad está ya expuesta, entre los valores

³⁰ Para apreciar el cuadro sistemático global del Derechos y Libertades Fundamentales remito al trabajo de J.M. SOUVIRON MORENILLA: Notas para una Ley de Extranjería, cit. pp. 32-40, estudio realizado en el ámbito de la Secretaría General Técnica de la Presidencia de Gobierno, que antecede a la presentación del primer Proyecto. Vid. item, R. M. FERRER SANCHIS: "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la Constitución Española de 1978", en Lecturas sobre la Constitución Española, T. II, Madrid 1978, pp. 323-335; E. GOMEZ REINO: "Libertades públicas en la Constitución", en Lecturas sobre la Constitución Española, cit.T. I, pp. 42-55.

³¹ Principio de igualdad, cuya introducción en los derechos de libertad supone la ampliación de ésta, con nuevos derechos que potencian la libertad y que exigen la desfundamentación, es decir la pérdida de su condición de derecho fundamental, de aquellas libertades de imposible contenido igualitario. Vid G. PECES-BARBA: "Reflexiones sobre los Derechos económicos, sociales y culturales, en Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

superiores del ordenamiento jurídico, en el artículo primero de la Constitución, que señala el marco en el que se tiene que desarrollar la vida política, económica y jurídica de España, pero a pesar de que este principio de igualdad, esté vinculado en el artículo primero al pueblo y al Estado Español, no se puede olvidar que el artículo 9.2 de nuestra Norma Fundamental cuando señala que corresponde a los Poderes Públicos promover las condiciones para la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, permite conectar con la idea de Derechos de la Persona con independencia de la nacionalidad que posean. Sin embargo, y a pesar de la aportación del artículo 9.2, los contenidos de los artículos 1º y 14 de la Constitución, impiden, en principio, que los extranjeros puedan alegar dentro del territorio nacional el Derecho a un trato de igualdad, ya que, si así fuere, no sería precisa la existencia del artículo 13 de la Constitución, que regula la condición del extranjero, y reconoce la existencia de esta categoría jurídica, definida en sentido negativo, con relación a la nacionalidad, siendo ésta la única cualidad no alegable a la hora de exigir la total igualdad de trato ante la ley. Sin embargo, esta primera interpretación ha de ser modulada, pues como se deduce de la

Para una integración histórica y doctrinal de los Derechos Humanos. Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, Murcia 1978, p. 56-57. Valor fundamental -igualdad material- que el Prof PEREZ LUÑO señala se está intentando deslegitimar por varias corrientes de pensamiento actual. "Los ataques actuales contra el igualitarismo han tendido: 1) A demostrar la incompatibilidad de sus presupuestos con la realización de otros valores, en especial la libertad, que se estiman prevalentes (tesis de los economistas neo-liberales); 2) A relativizar su alcance, así como a reputarlo superfluo o contradictorio con las condiciones funcionales y exigencias de diferenciación ligadas a la complejidad de los sistemas sociales más avanzados (tesis de Douglas Rae y de la *Systemtheorie* defendida por Niklas Luhmann); 3) A negar su propia condición de auténtico valor ético o jurídico-político (tesis sustentada por los nuevos filósofos)". Vid. A.E. PEREZ LUÑO: "Dimensiones de la igualdad material", en «Anuario de Derechos Humanos» (3). 1985. Universidad Complutense, p. 279.

doctrina emanada por el Tribunal Constitucional en Sentencia de 23 de noviembre de 1984³², que se pronuncia sobre la posibilidad de exigencia de igualdad de trato en el ejercicio de los Derechos por parte de los extranjeros en relación a los nacionales, en el Principio de Igualdad es necesario diferenciar dos cuestiones distintas, pero que se presentan de modo simultáneo, la titularidad del Derecho a la igualdad y si el Principio de igualdad proscribía las desigualdades entre españoles y extranjeros, en razón de la nacionalidad, siendo preciso para la interpretación de este Principio conjugar el contenido del artículo 14 de la Constitución con el artículo 13.1 del mismo Texto, que introduce con carácter general al extranjero en el sistema constitucional³³.

En la Sentencia de 23 de noviembre de 1984³⁴, el Tribunal inicia

³² STC 107/1984, de 23 de noviembre, cit. Vid. Una problemática general sobre el principio de igualdad en la Jurisprudencia constitucional pero sin abordar directamente la problemática del extranjero en E. ALONSO GARCIA: "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española, en «RAP» nº 100-102 (1983), vol. I. pp. 21 -93; J. SUAY RINCON: El principio de igualdad en la justicia constitucional, Madrid 1985; M. RODRIGUEZ-PIÑERO y FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: Igualdad y discriminación, Madrid 1986 y J. SUAY RINCON: "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, T. II, De los Derechos y Deberes Fundamentales, cit., pp. 837- 893.

³³ Según considera I. BORRAJO INIESTA en su trabajo "El status constitucional de los extranjeros" en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, T. II, De los Derechos y Deberes fundamentales, cit., pp. 759.

³⁴ La cuestión se suscita ante la demanda de amparo presentada por el Sr. Leyes Rosano, de nacionalidad uruguaya, por la vulneración del Principio de Igualdad garantizado en el artículo 14 de la Constitución y de los artículos 13 y 35 del mismo Texto Constitucional, que suponen las Sentencias dictadas por la Magistratura de Trabajo nº 3 de Barcelona y el Tribunal Central de Trabajo, como consecuencia de una acción de despido ejercida por el demandante, que declaran la nulidad del contrato de trabajo que celebró con el titular del Hostel "Sant Pancras" por carecer del requisito de autorización de residencia exigible para trabajar

su argumentación considerando que "cuando el art. 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a «los españoles». son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, «son iguales ante la Ley» y no existe prescripción alguna que extienda tal igualdad a los extranjeros", para continuar señalando tras esta primera argumentación: "la inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad entre extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible, o incluso que el propio planteamiento de una cuestión de igualdad entre extranjeros y españoles está constitucionalmente excluido"³⁵. Declaración que, implícitamente, acepta que los extranjeros son titulares del derecho constitucional a la igualdad y que viene corroborado por el artículo 13.1 del propio Texto que declara: los extranjeros gozan en España de las Libertades contenidas en el Título I, Título que incluye el Derecho a la igualdad. Tesis del Tribunal que se ve corroborada por los texto internacionales sobre Derechos en España a todo extranjero, en contra de la opinión del Sr. Leyes Rosano que considera que, dada la exención del permiso de trabajo para los ciudadanos hispanoamericanos que preveía la legislación vigente en el momento, era suficiente su situación de estancia legal y no una autorización de residencia para la celebración del contrato de trabajo, teniendo en cuenta que las autoridades administrativas exigían para la concesión de la autorización de residencia la previa celebración de un contrato de trabajo y que durante el periodo 1980-1983, exigían a los nacionales hispanoamericanos, en contra de la legislación vigente un permiso de residencia y un permiso de trabajo, situación que hubo de ser corregida por la declaración conjunta de los Ministerios del Interior y Trabajo de 27 de mayo de 1983 que declaró que los subditos hispanoamericanos estaban exentos de la sujeción a las normas que se les venían aplicando. Vid "antecedentes" de la STC 104/1984, cit.

³⁵ Fto. Jco. 3ª, STC 107/1984, cit.,

Humanos³⁶, que, en virtud del propio artículo 13.1, que se remite a los tratados y del artículo 10.2 de la Constitución, serán los instrumentos de interpretación de las normas sobre Derechos Fundamentales y Libertades Públicas que la Constitución garantiza y que reconocen la igualdad de toda persona ante la Ley³⁷.

El reconocimiento de este Principio, que implica que la aplicación de la norma y la acción administrativa y judicial correspondiente no podrá ser discriminatoria para los extranjeros y, que por lo tanto, los extranjeros no podrán ser discriminados por razón de su raza, sexo, opinión o religión, nos obliga a determinar si este Principio proscribiera que la Ley introduzca desigualdades entre españoles y extranjeros en el ejercicio de los Derechos, por razones de nacionalidad, contando para ello con la doctrina emanada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia citada. El Tribunal argumenta que aún siendo los Derechos y Libertades garantizados por la Constitución a los extranjeros, Derechos Constitucionales y por lo tanto dotados de la protección constitucional, son "todos ellos, sin excepción, derechos de configuración legal"³⁸.

³⁶ Arts. 1,2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948; el art. 2 y 26 del Pacto Internacional de Derecho civiles y Políticos, de 1966. El art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se limita a la igualdad en el goce de los derechos en el reconocidos, no admitiendo "distinción alguna", "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"

³⁷ Según estima I. BORRAJO INIESTA en su trabajo "El status constitucional de los extranjeros" en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, cit., T. II, pp. 759, en el mismo sentido V. ESTRADA CARRILLO: Comentarios a la Ley Orgánica y al Reglamento de Extranjería, cit., p. 47.

³⁸ Lo que en parte corrobora la idea expresada por el Prof. PECES-BARBA en "Reflexiones sobre teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución", cit., p.41.

Configuración legal que puede introducir la nacionalidad como "elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida", y en tal caso, como es obvio, queda excluido «a priori» la aplicación del principio de igualdad como parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad"³⁹. Por ello, el problema de la igualdad en el ejercicio de los Derechos "depende, pues, del Derecho afectado. Existen Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen Derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio"⁴⁰. Declaración que permite deducir, que los extranjeros no son iguales a los españoles en el ejercicio del Derecho a la igualdad, ya que al ser considerados los Derechos y Libertades de los extranjeros, como unos Derechos de configuración legal será admisible que los tratados y las Leyes, en el marco constitucional, puedan introducir el dato de la nacionalidad, y efectuar la discriminación respecto del disfrute de Derechos por parte de los extranjeros⁴¹, produciéndose con ello una reconfiguración del Derecho regulado.

Configuración legal que no depende de la libre voluntad del legislador para imponer las restricciones que estime oportunas⁴², sino

³⁹ Fto. Jco. 3º, STC 107/1984, cit.

⁴⁰ Fto. Jco. 4º, STC 107/1984.

⁴¹ Vid. J.M. SOUVIRON MORENILLA: Notas para una Ley de Extranjería, cit. p. 39.

que conectada con el artículo 9.2 podrá prescindir de la nacionalidad o ciudadanía del titular, "produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto a tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que conforme al art. 10 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español"⁴³. Doctrina legal respecto a los Derechos inherentes a la Persona que es mantenida por el propio Tribunal Constitucional en Sentencia de 30 de septiembre de 1985⁴⁴, que reconoce a los extranjeros el Derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, garantizado en el artículo 24 de la Constitución, por considerar que este Derecho es uno de los derechos imprescindibles para la dignidad humana y que, por consiguiente, "la nacionalidad alemana o española de quien nos pide amparo es irrelevante para otorgarlo o denegarlo"⁴⁵ y que vuelve a ser ratificada en la Sentencia de 7 de julio de 1987, sobre la Ley de Extranjería, que anula el precepto, contenido en el artículo 34, "in fine"

⁴² Vid. M. RAMOS QUINTANA: El trabajo de los extranjeros en España, cit. , p. 35.

⁴³ Fto. Jco. 3º, STC 107/1984, cit.

⁴⁴ STC 99/1985, de 30 de septiembre. Magistrado Ponente: Sr. TOMAS Y VALIENTE, Jurisprudencia Constitucional XIII, pp. 1-11. Sentencia que resuelve el amparo solicitado por una ciudadana alemana contra Sentencias del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Motril y la dictada en apelación de la anterior por la Audiencia Provincial de Granada, que se negaron a entrar en el fondo del asunto en una querrela por presunto delito de falso testimonio alegando para ello, como fundamento exclusivo, la falta del requisito previo exigido por el Tribunal Supremo para que el tribunal conozca del asunto: la autorización del Tribunal donde se prestó la declaración reputada falsa. Vid. "antecedentes" de STC 99/1985.

⁴⁵ Fjo. Jco 2º, STC 99/1985, cit.

de la Ley de Extranjería, que prohibía la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros, y en la Sentencia de 19 de abril de 1988⁴⁶, en la que engloba en el Derecho a la Defensa, el derecho del extranjero a ser asistido por un intérprete no sólo durante la tramitación de un procedimiento administrativo o proceso judicial, sino también durante la preparación de los mismos.

Sin embargo, el Tribunal, en la citada Sentencia 7 de julio de 1987, al enjuiciar la medida de internamiento de extranjeros sujetos a un procedimiento de expulsión, que puede durar hasta cuarenta días, parece separarse de su propia doctrina sobre la igualdad de los extranjeros en el ejercicio de los Derechos inherentes a la Persona, al declarar constitucional el internamiento, por considerar, que al ser susceptible la medida "de una interpretación conforme a la Constitución... no puede ser considerada como inconstitucional"⁴⁷, dando lugar a un resultado que, en principio, poco tiene que ver con lo que podría deducirse de la lectura del

⁴⁶ STC 71/1988, de 19 de abril. Magistrado Ponente: Sr. VEGA BENAYAS. Jurisprudencia Constitucional XX, pp. 854-862. Recurso de amparo presentado por D. Benaisa Abun Benoncef y D. Mohamed Kroun, ciudadanos argelinos procesados por un presunto delito de robo con intimidación y en situación de prisión preventiva, para cuya defensa su Abogado defensor, nombrado de oficio, solicitó el nombramiento de un intérprete de lengua francesa para entrevistarse con los procesados recurrentes y preparar así su defensa. Solicitud que, en base a que los arts. 398, 440 y 441 de la L.E. Cr., solo son aplicables en las declaraciones de procesados y testigos ante los órganos judiciales, y, por lo tanto, no extensivos a las conversaciones privadas entre los procesados y su Letrado ajenas al Tribunal, fue denegada por Auto de 22 de abril de 1987 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, que desestimó el recurso de súplica y confirmó la providencia de 28 de marzo de 1987, dictada en la causa nº 7/87 del Juzgado de Instrucción nº 32 de Madrid. Vid. "antecedentes" de STC 71/1988.

⁴⁷ Fto. Jco 1º, STC 115/1987, cit.

artículo 17 de la Constitución y de la propia doctrina del Tribunal sobre los Derechos inherentes a la Persona.

De la interpretación, que el Tribunal Constitucional realiza de la medida de internamiento y que, "se asienta más que en el artículo 26 de la Ley de Extranjería en el bloque de la constitucionalidad que lo enmarca, interpretado a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se desprende que la libertad física o personal de los extranjeros está sometida a la potestad de los Tribunales y no de la Administración"⁴⁸, a pesar de producirse durante la sustanciación en un procedimiento administrativo, ya que pone al extranjero a disposición judicial e impone la exigencia, para ejecutar la medida de internamiento, de "resolución judicial motivada", que se deberá adoptar por la autoridad judicial, guiada por criterios inspirados en "el «favor libertatis», lo que supone que la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad por parte del extranjero por razones de cautela o prevención, que habrán de ser valorados por el órgano judicial"⁴⁹ y que deberá pronunciarse respetando los Derechos fundamentales de Defensa, que incluyen la asistencia de letrado e intérprete, en su caso, de forma gratuita y la posibilidad de recurso de dicha resolución motivada. Produciéndose, de ese modo, una modulación en su anterior Doctrina, que imponía una completa igualdad entre españoles y extranjeros en el disfrute de aquellos derechos que fueran inherentes a la dignidad humana, ya que viene a admitir que, dada la configuración legal de todos los Derechos de los extranjeros, independientemente que afecten a Derecho

⁴⁸ Vid. en este sentido I. BORRAJO INIESTA en su trabajo "El status constitucional de los extranjeros" en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, cit., T. II, p.724.

⁴⁹ Fto. Jco 1º STC 115/1987.

inherentes a la dignidad humana o no, estos Derechos podrán ser modulados en cuanto su ejercicio por el legislador siempre y cuando se respete el "estandar mínimo" que los Tratados Internacionales sobre Derecho Fundamentales suscritos por España, garanticen a los extranjeros⁵⁰.

La argumentación expuesta nos permite detectar el contraste existente entre los Principios y su práctica, práctica que supone una sensible reducción en el nivel de su contenido de los Derechos cuando se da entrada a actuaciones administrativas restrictivas y que nos muestran el precario equilibrio entre los Principios y los condicionantes administrativos que concurren en su práctica, relativización de Principios que es superada cuando se mueve en áreas de acción con menos tensiones, al estar vinculados a criterios de organización clásicos, como son los relativos a la institución judicial y sus principios de actuación, que facilitan el reconocimiento del vínculo de los Derechos de la Persona con independencia de ser extranjero o nacional⁵¹.

⁵⁰ En contra de la opinión de I. BORRAJO INIESTA: "El status constitucional de los extranjeros" en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, cit. , T. II, p.765, considero que la configuración legal de los Derechos de los extranjeros afecta a "todos" los Derechos, no sólo a los que no son inherentes a la Persona, posición que es mantenida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 107/84 y que es reafirmada aunque de modo indirecto por el propio Tribunal, en la interpretación que realiza de la medida de internamiento de extranjeros sujetos a un procedimiento administrativo de expulsión, en la STC 115/1987, que si bien supone la intervención judicial en el procedimiento, también supone el coartar la libertad de una persona por presuntas infracciones de carácter administrativo, y no por ilícitos penales, situación que nunca podría ser aplicada a un nacional español.

⁵¹ M.C APRELL LASAGABASTER: "Principio de Igualdad y condición del extranjero. Posición del Tribunal Constitucional" en XI Jornadas de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, mayo 1989, El Principio de Igualdad en la Constitución Española, Madrid, 1991, pp.454-455

Esta configuración legal, que permite la desigualdad, en razón de la nacionalidad, en el ejercicio de de los Derechos y Libertades de los extranjeros, es, sin embargo, matizada por el propio Tribunal Constitucional, en la citada Sentencia de 7 de julio de 1987⁵², sobre la Ley de Extranjería. La Sentencia declara la inconstitucionalidad de las medidas administrativas, introducidas por la Ley de Extranjería, tendentes a controlar en ejercicio del Derecho de Reunión y Asociación por los extranjeros, al considerar que dichas medidas condicionan de tal manera "el disfrute de estos Derechos que éstos mudan de naturaleza y no pueden ser reconocidos como tal"⁵³, pues considera que no se trata en este supuesto de determinar "si es posible aquí esta diferencia de trato en el ejercicio del Derecho entre extranjeros y españoles, sino si el legislador ha respetado el contenido preceptivo e imperativo que establece el artículo 21.1 de la Constitución también para los extranjeros"⁵⁴,

⁵² STC 115/1987, de 3 de julio. Magistrado Ponente: Sr. RODRÍGUEZ-PIÑERO. Jurisprudencia Constitucional XVIII, pp. 575-600.

⁵³ Fto Jco 2º, STC 115/1987, para el Derecho de Reunión, manteniendo el mismo argumento para el Derecho de Asociación en Fto. Jco. 3 de la misma Sentencia.

⁵⁴ Fto. Jco 2º, STC 115/1987. Argumento que le lleva a considerar a R. FERRER PEÑA, que tras esta declaración del Tribunal Constitucional, puede sostenerse la tesis de que el goce de los Derechos y Libertades, reconocidos indistintamente a los nacionales y a extranjeros y que no sean inherentes a la persona humana, no son ya unos Derechos de configuración legal sino que deben ser reconocidos a los extranjeros en virtud de que los preceptos constitucionales donde se invocan no han hecho expresa reserva en favor de los españoles. Vid. su libro: Los Derechos de los extranjeros en España, cit., p. 69. Posición que no comparto, pues si bien el Tribunal declara inconstitucionales las medidas administrativas tendentes a controlar el ejercicio de estos Derechos, esta declaración se basa en la consideración de que estas medidas vulneran el contenido esencial de los Derechos, mientras que otro tipo de modulaciones al ejercicio de los Derechos de Reunión y Asociación, introducidas por la Ley de Extranjería, como puede ser la exigencia de estancia legal o de residencia legal, para el

introduciendo con ello una nueva variable en la configuración de los Derechos y Libertades de los extranjeros, como es la necesidad de diferenciar, de modo previo, al establecimiento por Ley de posibles desigualdades en el disfrute de los Derecho por parte de los extranjeros, el contenido esencial del Derecho y lo que queda en el halo no esencial⁵⁵, sobre el que serán posibles la introducción de discriminaciones por motivos de nacionalidad.

La doctrina expuesta del Tribunal Constitucional nos permite extraer una serie de consecuencias sobre el Principio de Igualdad en relación con los extranjeros, así como a la configuración de los Derechos y Libertades Públicas de los mismos. De la interpretación que el Tribunal Constitucional realiza del artículo 14 de la Constitución en conexión con el artículo 13.1 del mismo Texto, podemos afirmar que los extranjeros no podrán ser discriminados por la Ley por motivos de raza, sexo, religión u opinión, aunque sí por razón de nacionalidad, lo que viene a significar que son titulares del Derecho a Igualdad, aunque no son iguales a los españoles en el ejercicio de este Derecho. El problema del alcance del Derecho a la Igualdad hay que conectarlo con el conjunto de Derechos y Libertades que nuestra Constitución garantiza, y que el artículo 13.1 de la Constitución, con la excepción recogida en el apartado segundo del mismo artículo, reconoce a los extranjeros "en los términos que establezcan los tratados y la Ley", previsión legal, que si bien no supone su desconstitucionalización, pues están dotados de su específica protección, significa ejercicio de estos Derechos, son perfectamente válidas y están plenamente vigentes, lo que confirma su carácter de Derechos de configuración legal.

⁵⁵ Distinción ya enunciada por el Tribunal Constitucional en STC 4/1981, de 13 de febrero, cit. Vid. nota 25.

que los Derechos de los extranjeros son todos ellos, sin excepción, Derechos de configuración legal. Configuración legal, que permitirá al legislador, respetando el contenido esencial del Derecho regulado, introducir discriminaciones en su ejercicio por los extranjeros, que cuando afecten a los Derechos inherentes a la dignidad humana, en virtud de las previsiones contenidas en el artículo 10 de la Constitución, habrán de garantizar el contenido mínimo, que los Tratados Internacionales sobre Derechos Fundamentales suscritos por España, den a esos Derechos.

Partiendo de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la configuración legal de los Derechos y Libertades de los extranjeros efectuamos el análisis de los preceptos constitucionales, cuya titularidad es negada a los extranjeros y su posible modulación por los tratados y la Leyes.

b) - Derecho a la libertad de residencia y de movimiento por el territorio y de salir del territorio del Estado.

El artículo 19 del Texto Constitucional reconoce solamente "a los españoles" el derecho a elegir libremente su residencia, a la libre circulación por el territorio nacional y a entrar y salir libremente de España, en este último caso, "en los términos que la ley establezca" y sin que "este derecho pueda ser limitado por motivos políticos o ideológicos".

La configuración del artículo 19 de la Constitución, y como consecuencia de ello, la inaplicación a los extranjeros del Derecho de libre circulación y residencia y del derecho de libre entrada y salida del territorio nacional, es consecuencia de las enmiendas presentadas durante la elaboración de este precepto, que se oponían al reconocimiento, sin límites de nacionalidad, del Derecho a la libre circulación y residencia

contenido en el artículo 19 de Anteproyecto de Constitución⁵⁶, que por el contrario, reconocía, de modo exclusivo a los nacionales españoles, el Derecho a entrar y salir libremente de España.

Las enmiendas⁵⁷ proponían una nueva redacción, restrictiva, del Derecho a la libre circulación que justificaban argumentando que "la redacción en dos párrafos del precepto permite la libre circulación y residencia tanto a nacionales como a extranjeros. Desde el punto de vista de los principios no parece inadecuado, pero teniendo en cuenta el movimiento del mercado de trabajo y otras consideraciones más o menos afines puede ser necesario en determinados supuestos, limitar la libertad de circulación y residencia a los extranjeros". Considerando más adecuada la redacción del precepto en un único párrafo "que obviara la dificultad, y que quedaría de la forma siguiente: Todos los españoles tiene derecho a elegir libremente su residencia y a circular por todo el territorio nacional y podrán entrar y salir libremente del país en los términos que la Ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos"⁵⁸.

⁵⁶ «1.- Se reconoce la libertad de residencia y circulación en el territorio español. 2.- Todos los españoles tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos e ideológicos» Vid. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios, Cortes Generales. Servicio de Estudios y Publicaciones, Tomo I, cit., p.10.

⁵⁷ Enmiendas presentadas al Anteproyecto de Constitución por el Diputado Sr. SANCHO ROF, una a título personal y otra en representación del Grupo Parlamentario de UCD, enmiendas 717 y 779 respectivamente. Vid. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios. Tomo I, cit., pp.443 y 486.

⁵⁸ El Informe de la Ponencia designada para estudiar las enmiendas al Anteproyecto de Constitución, aceptó las enmiendas presentadas por el Sr. SANCHO ROF y por el Grupo Parlamentario UCD y consecuentemente la nueva redacción de precepto. Vid. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios, Tomo I, cit., pp. 517-518.

En fase posterior del debate, se pretendió volver a la primitiva redacción del precepto contenido en el Anteproyecto, argumentando para ello: "La diferencia importante del texto del artículo de la Ponencia en la redacción nueva se contradice con el Anteproyecto del 5 de enero de 1978, en tanto en cuanto el nuevo texto situá al mismo nivel la libertad de residencia y circulación nacional con la entrada y salida del país, desconstitucionalizando el problema y remitiendolo a una Ley ordinaria, y se distingue también, puesto que lo limita solamente a los españoles. De nuevo en este artículo estamos en contradicción con la Convención Europea de Derechos Humanos que... protege a los nacionales, a los extranjeros residentes y no residentes en todos los derechos, y protege también, y muy expresamente, en el Protocolo 4º en su artículo 2"⁵⁹.

Contra estos argumentos, que defendían una redacción más abierta del precepto, y que pretendían dar distinto tratamiento constitucional al Derecho de circulación y residencia del Derecho a entrar y salir del territorio nacional, se recordó que el propio Protocolo nº 4 a la Convención preveía, en su apartado 3, una serie de restricciones y que el reconocimiento del Derecho de libre circulación a todos, supondría no sólo el reconocimiento de este Derecho a los extranjeros, nacionales de un Estado miembro de la Convención Europea de Derechos Humanos, sino a todos los Estados, lo que supondría que para nacionales de otros Estados "realmente distintos de los que forman el área europea...por vía de la Constitución y sin ninguna limitación, se establezca la libertad de toda persona extranjera a circular libremente por territorio español y situar su domicilio en cualquier parte del territorio"⁶⁰. Argumento que tras

⁵⁹ Defendida por el Sr. PECES-BARBA del Grupo Parlamentario Socialista. Vid. Debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios, cit., pp. 1072-1073.

breve discusión fue aceptado, considerando "que el tema de la libre circulación y de la residencia de los extranjeros debe quedar a lo que establezca la Ley ordinaria"⁶¹.

La exclusión de los extranjeros al disfrute del Derecho de entrada y salida y del Derecho a la libre circulación y residencia, establecida en el artículo 19 de la Constitución, en consonancia con otros Estados europeos⁶², es evidente⁶³. Sin embargo, esta total exclusión puede ser

⁶⁰ Intervención del Sr. SANCHO ROF del Grupo parlamentario UCD. Vid. Debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios, cit., pp.1073-1074.

⁶¹ Aprobándose a continuación por unanimidad, el texto presentado por el Sr. PECES-BARBA, que hoy figura en la Constitución. Vid. Debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios, cit., pp. 1075.

⁶² La Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949 en su artículo 11 limita a "todos los alemanes" la titularidad "de libertad de movimiento y de residencia en la totalidad del territorio federal"; la Constitución Italiana de 21 de diciembre de 1947 en su artículo 16 señala "que todo ciudadano podrá circular y residir libremente en cualquier parte del territorio nacional, salvo las limitaciones que la Ley establezca de modo general por razones de sanidad o seguridad. Ninguna restricción podrá estar motivada por razones políticas..."; la Constitución Austriaca distingue entre libertad de circulación, que se reconoce a toda persona y libertad para fijar la residencia que solo disfrutarán sus nacionales y que podrá ser condicionada por Ley, según se desprende de los artículos 4 y 6 de la Ley Fundamental del Estado de 21 de diciembre de 1867 Vid. M.DARANAS: Las Constituciones Europeas, 2 vols. Madrid 1979. La Constitución Francesa no contiene ningún precepto específico sobre el tema, pero como señala J.L. PIÑAR MAÑAS, en "El Derecho a la libertad de residencia y circulación de los extranjeros en territorio nacional" en «RAP». 1980, nº 93, p.212, se puede deducir esta restricción de su art.55, que establece la autoridad superior a la leyes de tratados o acuerdos debidamente ratificados desde el momento de su publicación, y dado que Francia ha ratificado la Declaración de 1948 y los Pactos de 1966, se podrá deducir que todo hombre tendrá derecho a circular libremente por el territorio nacional francés, sin distinción de nacionalidad, pero como el art.4 de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789,

matizada, conforme al artículo 13.1 de la Constitución y la Doctrina del Tribunal Constitucional⁶⁴, por los tratados⁶⁵ y la Ley.

En lo que se refiere a los Tratados Internacionales, es evidente que "la entrada de extranjeros es un problema no resuelto por el Derecho Internacional, por lo que está plenamente justificada esta exclusión, que es recogida en los principales Tratados Internacionales relativos a Derechos Humanos, que atribuyen a los Estados Parte una amplia discrecionalidad para desarrollar la normativa interna relativa a las limitaciones de este Derecho"⁶⁶. En este sentido el art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁶⁷, al establecer incorporada como Preámbulo a la Constitución de 1971, señala: "la libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la Ley". Leyes que efectivamente restringen y de forma clara la libertad de residencia en territorio galo, incluso a ciudadanos comunitarios (Sentencia de Tribunal de Luxemburgo, asunto RUTILI).

⁶³ Exclusión corroborada por la STC 99/1985, de 30 de septiembre, cit. "Significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución (y que por consiguiente se le reconoce también en principio, con las salvedades concernientes a los arts. 19, 23 y 29, como se desprende de su tenor literal, y del mismo art. 13 en su párrafo segundo) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a los que determinen los tratados internacionales y la Ley española"

⁶⁴ STC 107/1984. Cit. Fto. Jco. 4º.

⁶⁵ Tratados que conforme a los arts. 10.2 y 96.1 de la Constitución han de ser ratificados y publicados oficialmente en España para formar parte del Ordenamiento interno.

⁶⁶ Vid. ESCUIN PALOP, Y: Régimen Jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. p. 72.

⁶⁷ Ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE 30 de abril de 1977).

"Toda persona que se halle legalmente..." y el art. 13 " El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho..."⁶⁸ no imponen límites de ninguna clase a la situación de estancia legal de una persona en un territorio distinto del suyo propio, lo que supone, que la situación de legalidad vendrá determinada por el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa interna relativos a entrada legal en el territorio⁶⁹.

El Derecho de los extranjeros a salir de un territorio distinto del propio, es reconocido con carácter general por los Tratados Internacionales a todos los extranjeros⁷⁰, sin el condicionante de hallarse en situación de legalidad, aunque admitiendo el establecimiento por ley de restricciones, «cuando sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral públicas o los derechos y libertades de terceros»⁷¹. Lo que nos permite matizar el contenido del artículo 19, y señalar que todo extranjero tiene Derecho a salir libremente del territorio español, siempre que no se lo impidan disposiciones

⁶⁸ En el mismo sentido se manifiesta el artículo 2 del Protocolo 4º al Convenio Europeo de Derecho Humanos, aún no ratificado por España.

⁶⁹ Sin que exista, como señala V. ESCUIN PALOP, una normación internacional relativa a las exigencias mínimas que determinan dicha situación. Vid. Régimen Jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España, cit. ,p. 72.

⁷⁰ Art. 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; «Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país incluso del propio». En el mismo sentido el art. 2. 2 del Protocolo 4º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aún no ratificado por España.

⁷¹ Art. 12. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 2.3 del Protocolo 4º al Convenio Europeo de Derechos Humanos(aún no ratificado por España)

legales establecidas con fines de salvaguarda⁷².

La exclusión al disfrute del Derecho a la libre circulación y residencia por los extranjeros, es también modulado por los Tratados Internacionales, que reconocen estos Derechos a todo extranjero que se halle legalmente en el país⁷³, lo que demuestra la estrecha vinculación de la libertad de circulación y residencia con el Derecho a entrar en un Estado distinto al suyo propio, pues será preciso que para que el extranjero pueda disfrutar del Derecho a la libre circulación y residencia, previamente haya cumplido los requisitos exigidos por la legislación interna para la entrada legal de extranjeros, requisitos que, como hemos visto, pueden ser establecidos por cada Estado, con una amplia discrecionalidad, al no estar reconocido por el Derecho Internacional, el Derecho a entrar libremente en un Estado, ni establecidos a nivel internacional los requisitos mínimos que determinen la situación estancia legal.

La vinculación de la libre circulación y residencia a la situación de estancia legal supone, en realidad, la remisión del reconocimiento de este Derecho de libre circulación y residencia a la legislación interna, pues será ésta, en definitiva, al determinar que extranjeros pueden o no entrar legalmente en el país, quien decidirá quienes pueden o no permanecer en él y, por lo tanto, a quienes se les reconoce o no este Derecho, del que efectivamente podrá disfrutar, en situación de estancia legal⁷⁴, aunque

⁷² J.A. SANTAMARIA PASTOR en Comentario al artículo 19 de la Constitución señala "que es más que dudoso que pueda negarse la libertad de salida (o restringirse ampliamente) de los extranjeros del territorio nacional, libertad que no debe sujetarse a otras limitaciones que las impuestas a los propios nacionales" en: Comentarios a la Constitución, (dir. F. GARRIDO FALLA), Madrid 1981, p. 249. Sin embargo desde de la publicación de la Ley Organica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros y su Reglamento de ejecución no quedan dudas sobre la posibilidad o no de condicionar o prohibir la salida de España a los extranjeros.

⁷³ Art. 12. 1 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.

sometido a las posibles restricciones establecidas por Ley, que, con fines de salvaguarda, el Derecho Internacional admite⁷⁵, como son las medidas de expulsión y extrañamiento, que deberán ser adoptadas conforme establece el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley y, además, a través de un procedimiento que evite la indefensión, constituyéndose así, en una garantía fundamental para evitar las expulsiones arbitrarias de extranjeros en situación de estancia legal y que no hayan incurrido en algunos de los supuestos legales de expulsión⁷⁶.

La falta de concreción en los Tratados Internacionales y su remisión directa e indirecta a la legislación interna, como normativa moduladora

⁷⁴ P.J. GONZALEZ -TREVILJANO SANCHEZ, considera en base a una interpretación «sui generis» de los Tratados Internacionales, del Preámbulo y preceptos de la Ley de Extranjería y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el contenido del art. 19 de la Constitución queda neutralizado, y por lo tanto, los extranjeros, en general, tienen reconocido en España el Derecho a la libre circulación y residencia. Sin tener en consideración, la redacción de los propios Tratados Internacionales, que como ya hemos visto, vinculan el ejercicio de los Derechos de circulación y residencia a la estancia legal, es decir a la regulación interna sobre entrada y permanencia legal, que está contenida en la ley de Extranjería, cuyo Preámbulo, establece como finalidad primordial de la Ley, la distinción entre situaciones de estancia legal o ilegal en el territorio español. Vid. Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España, Madrid, 1991, p. 82-85.

⁷⁵ el art. 12. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que las restricciones deben ser necesarias para fines públicos (proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas) o los derechos y libertades de terceros, pero que siempre han de ser compatibles con los demás derechos reconocidos en el Pacto.

⁷⁶ Vid. I. BORRAJO INIESTA: "El status constitucional de los extranjeros" en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, cit., T. II, pp.718-722.

de los Derechos de entrada y salida, libre circulación y residencia, nos lleva a la conclusión de que el posible disfrute de estos Derechos por parte de los extranjeros, dependerá en gran medida de la normativa interna, es decir, a tenor del artículo 13.1 de la Constitución y de la Doctrina del Tribunal Constitucional que lo interpreta⁷⁷, de su configuración legal⁷⁸. Configuración legal, que permite la aprobación de regulación de entrada y residencia y salida de los extranjeros por la Ley Organica de Derechos y libertades de los extranjeros en España de 1985, y que plantea el problema de los posibles límites a ese poder de configuración legal, que no podrán ser otros que los establecidos a nivel internacional⁷⁹, que

⁷⁷ "Los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto dotados -dentro de su específica regulación- de la protección jurisdiccional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal". Fto. Jco. 3ª STC 104/1984, cit.

⁷⁸ Configuración legal mayoritariamente admitida, en la actualidad, por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, vid. STS 23 de septiembre de 1987 (RAJ, 6145), 12 de julio de 1989, Ponente: Sr. ROSAS HIDALGO (RAJ, 5350); 20 de diciembre de 1989 Ponente: Sr. GONZALEZ MALLO (RAJ, 9873), 15 de marzo de 1990, Ponente: Sr. RODRIGUEZ CASAS (RAJ, 2507), 20 de noviembre de 1990, PONENTE: SR. GARAYO SANCHEZ (RAJ, 9129) y 24 de enero de 1991, Ponente: Sr. GONZALEZ MALLO (RAJ, 428) frente a una posición minoritaria, defendida en el momento actual por un sólo Magistrado, que considera que los extranjeros tienen Derecho a la libre circulación y residencia en España, vid. STS 10 de noviembre de 1986, Ponente : Sr. RUIZ SANCHEZ (RAJ, 6646); 18 de septiembre de 1987 (RAJ, 6072), 18 de mayo de 1990 (RAJ, 4907), 28 de mayo de 1990 (RAJ, 4910) y 29 de octubre de 1990 (RAJ, 9041), éstas tres últimas del mismo Magistrado Ponente: Sr. SANZ BAYON. Es preciso señalar, que en la abundante Jurisprudencia en materia de extranjería, en contadas ocasiones, desde la publicación de la Ley de Extranjería, se hace referencia al Derecho a la libre circulación y residencia.

⁷⁹ Al respecto, Vid. R. CEDEIRAS CHECA: "Derechos y Libertades de los extranjeros en España" en Introducción a los Derechos Fundamentales, cit., vol. I, p. 449, y V. ESCUIN PALOP: Regimen Jurídico de entrada y permanencia de extranjeros en España, cit. p. 76.

permiten la concesión a las autoridades gubernativas de un amplio margen de discrecionalidad⁸⁰.

Poder de configuración legal, que queda, sin embargo, modulado como consecuencia de la situación derivada de la Adhesión de España a la CEE, es decir de nuestra adhesión a un Tratado Internacional y su derecho derivado, que reconoce el Derecho a la libre circulación de nacionales comunitarios, para realizar actividades asalariadas o no asalariadas, o para prestar o recibir servicios, y modula, por lo tanto, el contenido del artículo 19 de la Constitución y el poder de configuración estatal de este Derecho. El Tratado de Adhesión obliga al Estado español, a la aplicación de un conjunto de normas que permitan y favorezcan el desarrollo de este Derecho a la libre circulación, si bien, con la precisión de que el reconocimiento de este Derecho a nivel comunitario, no supone la equiparación con los españoles, pues queda supeditado al cumplimiento, por parte del nacional comunitario, de un conjunto de requisitos y medidas en orden a la entrada y libre circulación establecidos por la normativa comunitaria y desarrollados por la legislación interna de cada Estado Miembro, entre ellos, España⁸¹, normas que, incluso, autorizan al rechazo en frontera y la expulsión de estos ciudadanos comunitarios, por motivos de orden público, seguridad pública y sanidad pública, lo que nos permite señalar, que la actual situación de los nacionales comunitarios en lo que al Derecho a la libre entrada y circulación en España, esta configurado como un escalón intermedio entre los extranjeros, nacionales de Terceros Estados y los españoles.

⁸⁰ En este sentido, C. CARRASCO CANALS: "Derecho Administrativo. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas" en Introducción a los Derechos Fundamentales, cit., vol I, p.420.

⁸¹ Real Decreto 766/1992, de 26 de junio.

En esta situación no podemos pasar por alto la nueva vía que se abre en el ámbito europeo-comunitario para la extensión del Derecho de libre circulación a los nacionales de Estados Miembros de la CEE. La firma por parte de España del Acuerdo de Schengen y de su Convenio de aplicación, el 25 de junio de 1991, establece la supresión de controles en las fronteras interiores entre los Estados Parte: Alemania, Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Italia, Portugal y España y permite la libre circulación de los nacionales de los Estados miembros de la CEE por el territorio común y, con ello, introduce una importante modulación a la limitación del Derecho a la libre circulación de extranjeros recogida en el artículo 19 de la Constitución, interrelacionada con la puesta en marcha del proceso de Unión Europea, que habrá de culminar el establecimiento de la ciudadanía de la Unión en todo el territorio de la CEE, que implicará la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión en todo el territorio.

Es preciso destacar, sin embargo, que esta extensión del Derecho de libre circulación y residencia viene a reproducir, aunque en una escala supranacional, el mismo esquema exclusivo de las legislaciones internas de los Estados Miembros, en materia de titularidad del Derecho de libre circulación y residencia, ya que el artículo 6, c) del Proyecto de Tratado de la Unión, que establece la inclusión de un apartado referente a la "Ciudadanía de la Unión", que deberá ser insertado en el actual Tratado constitutivo de la CEE, inicia su desarrollo con la creación de una ciudadanía de la Unión, que será reconocida "a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado Miembro" (art. 8), para pasar a garantizar en su artículo 8A a "todo ciudadano de la Unión" el Derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estado Miembros⁸²,

⁸² Vid. Tratado de la Unión Europea, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo 1992. p. 15 y en Serie Minor, Edit. Civitas, Madrid

produciéndose, con ello, la exclusión en la titularidad del Derecho a la libre circulación y residencia de los nacionales de Terceros Estados⁸³, a salvo de la previsión establecida en el artículo 25.2 de la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, del Parlamento Europeo, de 12 de abril de 1989, que establece, "Cuando determinados derechos se circunscriban a los ciudadanos de la Comunidad, se podrá decidir que se extiendan sus beneficios a otras personas, total o parcialmente", lo que deja una puerta abierta al reconocimiento total o parcial del Derecho de libre circulación y residencia, para los nacionales de Terceros Estados.

c) - Derecho de Petición Individual y colectiva.

El artículo 29 de la Constitución limita a los "españoles el ejercicio de los derechos de petición individual y colectiva, por escrito, y en la forma y con los efectos que determine la ley", la exclusión que este articulado hace de los extranjeros, no resulta tan fácil de entender como en los casos anteriores, ya que el Derecho de Petición, más que un Derecho es una técnica instrumental, que permite sugerir a los Poderes Públicos ciertas ideas o soluciones determinadas, pero que sin embargo no vincula a estos⁸⁴. Por este motivo resulta raro que se excluye a los ex-

1992, con Introducción de M. ALONSO GARCIA, pp. 16-17.

⁸³ Redacción de preceptos relativos al Derecho de libre circulación y residencia del Proyecto de Tratado de la Unión, en consonancia con la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales del Parlamento Europeo de 12 de abril de 1989, que en su artículo 8º reconoce a los ciudadanos de la Comunidad "el Derecho a circular y residir libremente en el territorio comunitario y a escoger en el su residencia". (DOCE C 120 ,16.05.89, p. 54).

⁸⁴ A. GONZALEZ PEREZ: "Régimen Jurídico del Derecho de Petición" en «Documentación Administrativa», nº40 (1961), pp.17-27; L. LOPEZ RODO: "El Derecho de petición,

tranjeros de su uso y disfrute⁸⁵, a no ser que se pretenda conectar con antecedentes, directrices y discusión en las Cortes" en «Documentación Administrativa», nº 40 (1961), pp. 7-16; R. MORODO: "Notas sobre el Derecho de Petición" en «Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político», nº 31, Universidad de Salamanca 1964, pp.89-102; A. ALONSO CORTES: "Hacia un concepto del Derecho de Petición" en «Documentación Administrativa», nº 86 (1965)), pp. 54-66; L. MARTIN-RETORILLO BAQUER: " El orden público como límite -inesperado- al ejercicio del Derecho de Petición" incluido en su libro Bajo el signo de la Constitución, Madrid 1983, pp. 329-405, y F. VILLALBA TORRES: "Contenido y ejercicio del Derecho de petición" en Introducción a los Derechos Fundamentales, cit., pp. 2401-2415.

⁸⁵ La extensión del Derecho de petición a los extranjeros fué defendida durante el proceso de elaboración de la Constitución de 1978, por el entonces Senador D. Lorenzo MARTIN-RETORTILLO, que en su enmienda nº 23, presentó una redacción, que además de suprimir el término "reclamaciones", extendía el Derecho de petición a los extranjeros, al no limitar el ejercicio del Derecho sólo a los "nacionales". En la discusión de la enmienda en el seno de la Comisión de Constitución del Senado, el Senador y Profesor defendió la extensión de este Derecho a los extranjeros, basandose para ello, en que admitida la nueva redacción del actual art. 13 de la Constitución que no excluye el ejercicio de Derechos políticos por parte de los extranjeros, supondría una incongruencia excluir a éstos del ejercicio del Derecho de Petición, siendo además éste un Derecho "que no tiene apenas costo para el poder", y al haberse admitido lo mas complicado: que los extranjeros puedan utilizar los recursos judiciales en España. La enmienda fue aceptada por el Grupo Parlamentario UCD y efectuada la votación fué aprobada por 18 votos a favor y 6 abstenciones. El Texto aprobado por el Pleno del Senado mantuvo la redacción dada al artículo por la Comisión del Senado. Sin embargo la Comisión Mixta, volvió a la redacción del Congreso con la supresión del término "o reclamación" quedando convertida en el actual art. 29.1. Vid L. MARTIN RETORTILLO: Materiales para una Constitución, cit., pp. 173-177. Para F. J. JIMENEZ CISNEROS esta limitación del ámbito subjetivo del Derecho de Petición contrasta con su calificación de Derecho Publico subjetivo, que no puede ser limitado por el Estado, ya que es una manifestación de la libertad del individuo y tan individuo es el nacional como el extranjero. Vid: El Derecho de Petición y la iniciativa legislativa, Cuadernos de Documentación (25), Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid 1980, p. 26; J.M. SOUVIRON MORENILLA, estima que si bien la Constitución reconoce este Derecho exclusivamente a los españoles, no prohíbe su posible extensión, por Ley, de este Derecho a los extranjeros, aunque considera necesario, no confundir este Derecho de Petición con el derecho a instancia administrativa o de iniciación del procedimiento administrativo que

los Derechos de Participación que viene contenidos en los artículo 9 y 23 de la Constitución que, como hemos visto con anterioridad, son negados a los extranjeros.

La restricción de Derechos de los extranjeros que el artículo 29 realiza, pudiera ser considerado como correlativo de la privación de los Derechos de Participación en los asuntos públicos y el acceso a cargos públicos por parte de los extranjeros en España, que el propio artículo 13 de la Constitución expresa⁸⁶. No obstante, y con independencia de posibles interconexiones, la situación que impone la realidad de los hechos, no puede impedir que cualquier extranjero, que no esté conforme con el trato recibido en España, o que esté orientado por el simple ánimo de colaborar en la mejora de los servicios o de la actividad pública, pueda presentar ante la autoridad competente la petición que estime oportuna.

La concepción del Derecho de Petición como un Derecho conexo a los Derechos de Participación ciudadana parece ser, a primera vista, el aceptado en el Proyecto de Tratado de la Unión, que, incluye este Derecho de Petición, limitado en su ejercicio ante el Parlamento Europeo, reservándolo de modo exclusivo a los ciudadanos de la Unión, en su artículo 8 D⁸⁷. Sin embargo, es preciso abandonar esta primera lectura, en principio corresponde a los administrados, concepto mucho más amplio que el de ciudadano y nacional, que engloba también a los extranjeros. Vid. Notas para una Ley de Extranjería, cit., p. 36.

⁸⁶ Fdo. GARRIDO FALLA, considera que el rechazo de la extensión del Derecho de petición a los extranjero, confirma que se trata más de una figura de participación ciudadana que de defensa de derechos, vid. su "Comentario al art. 29", en Comentarios a la Constitución, (dir. Fdo. GARRIDO FALLA), cit., p. 595. En el mismo sentido se expresa J. M. GARCIA ESCUDERO: "Comentario al art. 29", en Comentarios a la Constitución Española de 1978 (dir. O. ALAZAGA), cit., T. III, p. 260.

⁸⁷ Art. 8 D, introducido en el Tratado constitutivo de la CEE, por el art. 6. c) del

ya que el inciso final del artículo 8 D, configurador del Derecho de Petición, establece que el ejercicio de este Derecho de Petición ante el Parlamento Europeo por todo ciudadano de la Unión debiera hacerse "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138 D⁸⁸, incluido también en el Tratado de Roma por el Artículo G e) del Proyecto de Tratado de la Unión, artículo 138 D que garantiza este Derecho, no solo a los ciudadanos de la Unión, sino también "a cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado Miembro", que "tendrán derecho a presentar, al Parlamento Europeo, individualmente o asociado con otros ciudadanos o personas, una petición sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Comunidad que le afecte directamente". En consecuencia, el Derecho de Petición se configura, no como un Derecho conexo a los Derechos de Participación ciudadana, sino una fórmula instrumental, que permite solicitar al Parlamento Europeo soluciones determinadas sobre asuntos propios⁸⁹. Esta apreciación queda además ratificada por la circunstancia, de que el mismo artículo 8 D en su Tratado de la Unión, que inserta un nuevo Capítulo al Tratado constitutivo, bajo la denominación genérica "Ciudadanía de la Unión", por el que se crea la ciudadanía europea (art. 8) y en el que se reconoce, entre otros, los Derechos de libre circulación y residencia (art. 8 A) y de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales y al Parlamento Europeo de los ciudadanos de la Unión (art. 8 B). Vid. Tratado de la Unión, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo 1992. p. 16 y en edición editorial Civitas, cit., p. 16

⁸⁸ Vid. Tratado de la Unión, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo 1992. p. 63 y en edición editorial Civitas, cit., p. 17

⁸⁹ Concepción del Derecho de Petición acorde con la Declaración de Derechos y Libertades Fundamentales del Parlamento Europeo, que en su art. 23, configura el Derecho de Petición ante el Parlamento Europeo como un Derecho predicable de "toda persona". Vid. DOCE C 120 ,16.05.89, p. 56.

párrafo segundo, reconoce el Derecho de todo ciudadano de la Unión a dirigirse al Defensor del Pueblo "instituido conforme a lo dispuesto en el artículo 138 E"⁹⁰, artículo, también incluido en el Tratado de Roma por el artículo 6 e) del Proyecto de Tratado de la Unión, que crea la figura del Defensor del Pueblo, que será nombrado por el Parlamento Europeo, y a quien faculta "para recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado Miembro relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales"⁹¹.

d) - Los Derechos- Deberes de prestación militar y de protección civil.

La Sección 2ª del Capítulo Segundo incorpora también preceptos que sustraen al extranjero el ejercicio de algún Derecho: Así, el Artículo 30, en su párrafo primero, reserva a los españoles el Derecho, más bien Deber, de defender a España, idea en la que insiste el párrafo segundo del mismo artículo, al regular las obligaciones militares de los españoles y reconocer, también, la objeción de conciencia. Esta perspectiva no aporta

⁹⁰ Vid. Tratado de la Unión, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo 1992. pp. 63 y en edición editorial Civitas, cit., pp. 104-105.

⁹¹ Produciéndose en este último punto una exclusión, en cierta medida similar a la existente en el Ordenamiento español, pues si bien el Defensor del Pueblo español, puede recibir quejas sobre la Administración de Justicia, deberá dirigir las al Ministerio Fiscal o al Consejo General del Poder Judicial según el tipo de reclamación de que se trate, conforme establece el art. 13 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril del Defensor del Pueblo.

nada nuevo al Derecho Internacional, sino que incluye un planteamiento clásico en esta materia. El párrafo cuarto de este mismo artículo regula las situaciones generales de catástrofes, riesgo grave y calamidades públicas y, en este caso, señala que "los ciudadanos" tendrán unos "deberes" vinculados a principios de solidaridad colectiva, lo que no deja de ser un criterio restrictivo al limitar de tal modo el ámbito subjetivo, en una materia vinculada a una situaciones en las que el factor humano se impone por encima de límites normativos.

e) - El Derecho-Deber al trabajo.

El artículo 35, al regular el Derecho -Deber al trabajo⁹², hace referencia a los "españoles", con lo que los extranjeros quedan excluidos de este Derecho. Es preciso interpretar esta exclusión en su justo término, ya que el extranjero que goce de un permiso de residencia y trabajo, sí puede beneficiarse de los contenidos que la Constitución da al Derecho al trabajo: libre elección, remuneración suficiente para satisfacer las

⁹² Derecho al trabajo que se toma en sentido muy amplio, ya que cuando se proclama el Derecho al trabajo, se pretende ante todo afirmar la obligación que incumbe a los poderes públicos de desarrollar una política de pleno empleo, ya que efectivamente el Derecho al trabajo "no corresponde evidentemente a la obligación precisa de facilitar un empleo que pueda exigirse de un deudor determinado". Vid. C. MARTI DE VESES PUIG: "Normas Internacionales relativas a los derechos económicos, sociales y culturales" en «Anuario de Derecho Humanos» nº 2 (1983), p. 286. No siendo fácil articular jurídicamente una obligación correlativa de los poderes públicos a proporcionar trabajos, en un ordenamiento como el español, que reconoce en su art. 38 «...la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado», siendo más difícil aún establecer, en ese contexto, cualquier tipo de obligación de los empleadores, "con lo que a las dificultades de la escasez y de su consecuencia, la imposible formulación igualitaria del derecho al trabajo, se unen serias objeciones técnico- jurídicas". Vid. G. PECES-BARBA: "Génesis de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas en la Constitución Española de 1978, en Introducción a los Derechos fundamentales, cit., p.307-308.

necesidades individuales y familiares, ausencia de discriminación en razón del sexo del trabajador, contenidos interconexos con los expresados en el artículo 40.2 y 41 de la Constitución al vincular a los Poderes Públicos las medidas de protección del trabajador, con referencia en la Seguridad e Higiene en el trabajo, garantía del descanso necesario y el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social que garantice asistencia y prestaciones suficientes.

El reconocimiento, en exclusiva a los españoles de este Derecho, significa que los extranjeros no pueden exigir igualdad de trato en el acceso al Derecho al trabajo, ya que el artículo 35, al limitar este Derecho a los nacionales permite que se impongan requisitos previos, no exigibles a éstos, para el acceso al trabajo por parte de los extranjeros, como así ha declarado el Tribunal Constitucional en Sentencia de 24 de noviembre de 1984⁹³: "Constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros -incluidos los hispanoamericanos, pues no hay diferencia alguna en favor de ellos- y los españoles en materia de acceso al trabajo... La existencia de una legislación que, según la interpretación de los Tribunales, exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar validamente un contrato de trabajo no se opone, pues, a la Constitución. La desigualdad resultante en relación a los españoles no es, en consecuencia, inconstitucional, y no porque se encuentre justificada en razones atendibles, sino, mas sencillamente, porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato". Otra cosa es, como ya hemos señalado, que una vez realizada la contratación laboral del extranjero, superadas las barreras administrativas impuestas por la legislación es-

⁹³ Fto. Jco. 4 de la STC 107/1984, de 24 de noviembre, cit.

pañola, y obtenido el preceptivo permiso de trabajo, dada la configuración legal del este Derecho, en lo que afecta a los extranjeros, exista igualdad en la titularidad y ejercicio de los derechos laborales, como expresamente es recogido mediante una cláusula general en el artículo 32 del Reglamento de la Ley de Extranjería, como consecuencia "de las precisiones contenidas al respecto en los Convenios y Tratados Internacionales suscritos por España"⁹⁴, que garantizan la igualdad de trato de los trabajadores migrantes con los nacionales, siempre y cuando se trate de un trabajador autorizado, es decir de un trabajador con situación legal. Ello viene a corroborar, el espíritu de la Ley de Extranjería, cuyo Preámbulo adelanta que "la Ley asegura la plenitud de derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España".

La Carta Social Europea en su artículo 19.4 proclama como derecho de los trabajadores migrantes y de sus familias un trato no menos favorable que el otorgado a los nacionales en materia de "remuneración y las otras condiciones de empleo y trabajo", referencia a la igualdad de trato en las condiciones laborales que también es recogida en el artículo 16 del Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante.

En el marco específico de la OIT, España ha ratificado el Convenio nº 97, relativo a los trabajadores migrantes, que reafirma el principio de igualdad en las condiciones de trabajo de estos trabajadores⁹⁵, sin embargo, no ha sido ratificado por el Estado Español, el Convenio nº 143 de la OIT, sobre migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes. Este

⁹⁴ M. RAMOS QUINTANA: El trabajo de los extranjeros en España, cit., p. 162.

⁹⁵ Como expresamente es recogido en el art. 32 del R.D 1119/1986, que desarrolla el Reglamento de la Ley de Extranjería, que a su vez recoge

Convenio va mucho más allá que el Convenio nº 97 en su concepción de la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y trabajadores migrantes cuando afirma que "trabajador migrante no podrá ser considerado en situación ilegal o irregular por el hecho mismo de la pérdida de su empleo" (art. 8.1) y, en consecuencia, "deberá beneficiarse de un trato igual al de los nacionales, especialmente en lo que se refiere a las garantías en materia de seguridad en el empleo, obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación" (art. 8.2). La firma de este Convenio por el Estado Español pondría en tela de juicio la actual preferencia de los trabajadores españoles para el acceso a los puestos de trabajo vacantes frente a los extranjeros. Por consiguiente, cláusulas del tipo de la contenida en el artículo 37.2 del Reglamento de la Ley de Extranjería, que niega a determinados contratos celebrados por trabajadores extranjeros los beneficios provenientes de las medidas de fomento del empleo⁹⁶, deberían desaparecer de nuestro panorama jurídico con objeto de hacer efectiva la igualdad de trato, no sólo una vez producida la contratación sino también en la fase inicial del acceso al empleo⁹⁷.

La exclusión de los extranjeros del Derecho al trabajo, establecida en el artículo 35 de la Constitución, y como consecuencia de ello, la imposibilidad de exigir igualdad de trato a los nacionales en el acceso al trabajo, ha sido matizada para los nacionales de Estados Miembros de la

⁹⁶ El art. 37.2 del R.D. 1119/1986, dispone: "los beneficios derivados de los programas de fomento del empleo, cualquiera que sea la forma de apoyo, subvención o bonificación, no serán aplicables a los titulares de permisos de trabajo A y B iniciales, ni a los correspondientes contratos de trabajo".

⁹⁷ Según considera M. RAMOS QUINTANA: El trabajo de los extranjeros en España, cit. 163-164.

CEE, desde nuestra Adhesión el 1 de enero de 1986⁹⁸. El Tratado de Roma al establecer en su artículo 48, la libre circulación de trabajadores, crea un area homogénea que matiza el contenido del Derecho al Trabajo, en virtud del "principio de no discriminación por razón de nacionalidad". Principio, que tras un período de transición acortado por el Reglamento 2194/1991⁹⁹, está plenamente vigente en nuestro país desde el 1 de enero de 1992. Libre circulación que permite en virtud de los Reglamentos 1612 /1968 y 1251 /1970, el libre acceso al trabajo de todos los nacionales de Estados Miembros de la CEE, sin necesidad de autorización administrativa previa, con exclusión de los empleos en la Administración Pública, y que es extensible al conyuge y familiares de los trabajadores comunitarios, estando solo sometido a medidas de control por razones de orden público, seguridad pública o sanidad pública

f) - EL Derecho a la vivienda.

El capítulo Tercero del Título I, Principios Rectores de la Política Social y Económica., contiene, también, limitaciones a la condición de extranjero en España. El artículo 47 reserva a los "españoles" el Derecho a

⁹⁸ Vid. F.L NAVARRO NIETO: "La incidencia en el Ordenamiento Jurídico español del principio comunitario de igualdad de trato en el acceso al empleo", en V Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones laborales, celebrado en Sevilla el 15 y 16 de diciembre de 1986: Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea, Madrid 1987, p. 487, F. DURAN: La libertad de circulación y de establecimiento en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE, Madrid, 1986, p, 44 y M. RAMOS QUINTANA: El trabajo de los extranjeros en España, cit. p. 128.

⁹⁹ Reglamento nº 2194/91, del Consejo, de 25 de julio de 1991, DOCE L 206. 29.07.91.p.1.

disfrutar de una vivienda digna y adecuada, sin embargo, no es coherente con la orientación, más abierta y receptiva a la "acción popular" de la normativa urbanística y que, en la limitada conexión de urbanismo con la condición de nacionalidad española, que establece el artículo 47, significa una restricción de los criterios orientadores de la normativa preconstitucional del urbanismo¹⁰⁰. En todo caso, el Derecho a la vivienda del extranjero se interconecta con los condicionantes de entrada y residencia y el reconocimiento, junto a los derechos laborales y sindicales del derecho a un lugar digno y adecuado en el que poder materializar el derecho al descanso y a la intimidad personal y, eventualmente, familiar, como partes de los Derechos de la Persona.

g) - El Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales.

Como punto final a las restricciones de la Constitución a los Derechos y Libertades Públicas de los extranjeros, están los artículos 41, 49 y 50 que reservan a los "ciudadanos" "la utilización del régimen público de Seguridad Social, con garantías de asistencia y de prestaciones sociales ante situaciones de necesidad" (art.41), "la previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos"(art. 49) y "la suficiencia económica en la tercera edad mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas y un sistema

¹⁰⁰ Vid. A. PEREZ MORENO: "La acción pública en materia de urbanismo" en «Revista de Derecho Urbanístico», nº15 (1969), pp. 71-98; L. COSCULLUELA MONTANER: "Acción pública en materia urbanística" en «Revista de Administración Pública», nº 71 (1973), pp.9-57. Esta situación implica una afora más que condiciona el Derecho a la vivienda. En este sentido el trabajo del R. GARCIA MACHO: Las aforas de los Derechos Fundamentales Sociales y el Derecho a la vivienda. Madrid 1982.

de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio" (art. 50).

Estos preceptos constitucionales, por otra parte, no son inmediatamente exigibles, sino que, conforme al artículo 53.3 de la Constitución, están supeditados "a los que dispongan las leyes que lo desarrollen". Por añadidura, están íntimamente relacionados con las instituciones de la Seguridad Social, que condiciona su disfrute al cumplimiento de unos requisitos previos restrictivos para poder beneficiarse de estos Derechos, con la circunstancia que complementa el dato según el cual, el régimen de prestaciones sociales de la Seguridad Social se hace depender del desarrollo de una actividad remunerada, que haga posible una cotización al régimen de la Seguridad Social, lo que tiene, como consecuencia directa, la supeditación de estos derechos al ejercicio del Derecho al trabajo que, como hemos visto, se les niega a los extranjeros. Como consecuencia de esto, se deduce que la exclusión de los Derechos contenidos en los artículos 41, 49 y 50 deriva claramente de la exclusión del Derecho al trabajo, lo que nos permite apreciar que el disfrute de estos Derechos no es autónomo, sino que deriva del artículo 35 y de la regulación del Derecho al trabajo.

La extensión del Derecho a la actuación protectora de la Seguridad Social a los extranjeros viene recogida por el artículo 7.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974¹⁰¹, que delimita la extensión del campo de aplicación de la misma al señalar que "se estará a lo que disponga en los convenios o acuerdos ratificados o suscritos al efecto o cuando les fuere aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida".

En lo que a Acuerdos internacionales se refiere, la firma del

¹⁰¹ Decreto 2065/1974, de 30 de mayo (BOE 20 y 22 de julio).

Convenio nº 97 de la OIT, supone para el Estado Español el compromiso de ofrecer a los extranjeros "un trato no menos favorable que el que se aplique a sus propios nacionales" en todas aquellas materias que afecten a la Seguridad Social, especificando el mismo Convenio, en su artículo 6.1b), que en dicha expresión se incluyen "las disposiciones legales relativas a accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como cualquier otro riesgo que este comprendido en un régimen de Seguridad Social". Sin embargo, existe una relación de supuestos que permanecen al margen de este régimen y que son exceptuados por el mismo Convenio nº 97, los trabajadores autónomos, fronterizos, artistas en gira y trabajadores del mar. Por efecto y aplicación de este Convenio, una Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968, excluyó a estos trabajadores del trato de equiparación establecido¹⁰².

Para los extranjeros nacionales de Estados con los que no exista ningún tipo de Acuerdo o Convenio que aborde los aspectos relacionados con la Seguridad Social, la Ley General de la Seguridad Social apela a la condición de reciprocidad, sea tácita o de hecho (existencia en el país del extranjero de una legislación que ofrezca a los españoles unas prestaciones comparables) o de forma expresamente reconocida (mediante la firma de Convenios Internacionales de carácter bilateral en los que se determinen el alcance y los límites de la protección de Seguridad Social que ambos Estados se comprometen a otorgar a los nacionales de la otra parte). Conviene sin embargo señalar que en nuestro ordenamiento "la reciprocidad se entiende reconocida en todo caso, respecto a las

¹⁰² Vid. M. RAMOS QUINTANA: El trabajo de los extranjeros en España, cit., pp. 183-184.

contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional", según establece el artículo 1.4 b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966, con lo cual este tipo de riesgos alcanza a todos los extranjeros, independientemente de su nacionalidad¹⁰³.

En lo que se refiere a los trabajadores nacionales comunitarios que residen y trabajan en un Estado Miembro distinto del suyo propio, su situación es de una total asimilación con la del nacional, "dentro de los límites y con el alcance a los que la estructura de la Seguridad Social permite acceder", es decir se garantiza la igualdad de trato, pero dentro del marco de la legislación nacional, conforme a lo dispuesto en el artículo 3º del Reglamento 1408/71, de 14 de junio, que señala, que los trabajadores comunitarios podrán acogerse a los beneficios de la legislación española referidos a la Seguridad Social, en las mismas condiciones que los nacionales¹⁰⁴.

La acción normativa y reguladora del Derecho Comunitario no se limita, en este aspecto, a los nacionales comunitarios, ya que las Instituciones Comunitarias han tomado conciencia de que junto a los trabajadores comunitarios, que sólo son una pequeña minoría pues en 30 años de funcionamiento de la CEE sólo un 2% de sus nacionales son trabajadores comunitarios residentes en un Estado distinto del suyo¹⁰⁵,

¹⁰³ Cfr. M. QUINTANA RAMOS: El trabajo de los extranjeros en España, cit. p. 184-185.

¹⁰⁴ Cfr. M. QUINTANA RAMOS: El trabajo de los extranjeros en España, cit. p. 186 y M. RODRIGUEZ-PIÑERO: La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas, Madrid, 1982, p.168.

¹⁰⁵ Vid. Punto 2.2, del Dictamen del Comité Económico y Social sobre la situación económica en y de la comunidad a mediados de 1991, 91/C339/13, (DOCE C 339, 31.12.91).

el mayor contingente de trabajadores extranjeros proviene de Terceros Países, es decir, son "trabajadores migrantes". En principio, su situación viene regulada por el normativa interna del Estado Miembro de residencia de estos trabajadores, dado que la política de inmigración es materia de competencia exclusiva de los Estados Miembros, y, por lo tanto, en lo que se refiere a España, les será aplicable, en base al principio de reciprocidad, establecido en la Ley Reguladora de la Seguridad Social, los beneficios derivados de Acuerdos y Convenios firmados por España. Sin embargo, su número e importancia ha obligado a las Instituciones Comunitarias a tener en cuenta sus necesidades y problemas, para ello, la Comisión ha iniciado a partir de 1985, un política tendente a la armonización en las políticas de inmigración, contando, para ello, con el apoyo del Comité Económico y Social que, en su Dictamen sobre política de inmigración¹⁰⁶, considera absolutamente necesario la equiparación, en lo que se refiere a Derechos sociales y laborales, de estos trabajadores migrantes a los trabajadores nacionales comunitarios, a pesar de la reticencias de algunos de los Estados Miembros.

La posición expresada ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia de las CEE, que en Sentencia de 9 de julio de 1987¹⁰⁷, abre un espacio a la posible competencia comunitaria en materia de inmigración, y que, en su reciente Sentencia de 31 de enero de 1991¹⁰⁸, confirma la aplicabilidad directa en la legislación de los Estados Miembros de las normas contenidas en el Acuerdo de Cooperación CEE-Marruecos en materia de no

¹⁰⁶ Punto 6.3 del Dictamen sobre política de inmigración 92/ C40/25 (DOCE C 40, 17.02.92).

¹⁰⁷ Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal 1987/7, pp. 3203 y ss.

¹⁰⁸ Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal 1991/1, pp. 199 y ss.

discriminación en las condiciones de remuneración y empleo así como de Seguridad Social, debiendo de tenerse en cuenta, que los efectos de esta Sentencia no podrán dejar de extenderse a los Acuerdos de Cooperación que la CEE, ha firmado con Túnez, Argelia y Yugoslavia y de Asociación firmado con Turquía, que contienen normas análogas. Así pues, por efectos de la Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, podemos decir que, en estos momentos, los trabajadores migrantes provenientes de Marruecos, Argelia, Túnez, Yugoslavia y Turquía gozan en España de un trato equiparable a los nacionales españoles y comunitarios en materia de Seguridad Social¹⁰⁹.

Igualdad de trato que, en el ámbito exclusivo de España, es reconocida a los nacionales de países iberoamericanos en el art. 7.4º del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social y luego ratificado por la Ley 118/1969, de 30 de diciembre, sobre igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad iberoamericana y filipina en España. La derogación de esta última Ley, por la Ley de Extranjería, parece haber roto este principio de igualdad de trato, sin embargo, esta equiparación no deriva de la Ley 118/1969, sino del Texto Refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo, aprobada por Decreto de 22 de junio de 1956 (art. 5º) y que luego es respetada por la Legislación sobre Seguridad Social, para ser finalmente acogido en el citado Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social. Razón ésta, que, en sintonía con la valoración doctrinal de que ha sido objeto esta problemática, definitivamente, zanja cualquier duda sobre la conservación de la igualdad de trato de dichos trabajadores con los nacionales en el ámbito protector de la Seguridad Social, a salvo

¹⁰⁹ Vid. Punto 1.5 del Dictamen de iniciativa sobre el estatuto de los trabajadores migrantes- Terceros Países, del Comité Económico y Social de 24 de abril de 1991 (DOCE C 159, de 17.06.91, p. 13).

tan sólo de un requisito previsto por el artículo 7.4 de la Ley General de Seguridad Social, o sea, la residencia legal en el territorio español¹¹⁰.

La ruptura de la conexión cotizaciones- beneficios de la Seguridad Social, introducida por la aprobación de la Ley de Pensiones no contributivas de 20 de diciembre de 1990, aprobada por las Cortes en desarrollo del principio rector contenido en el artículo 41 de la Constitución, supone la ruptura de los esquemas anteriores, de base mutualista, para pasar a un nuevo orden, en el que las prestaciones se universalizan, ya que no se hacen depender de la previa cotización, sino que se configuran como "verdaderos derechos subjetivos perfectos en favor de los beneficiarios"¹¹¹, este cambio radical que, es una clara manifestación de la primacía de los Derechos Sociales sobre los Derechos individuales, e implica el reconocimiento de unos beneficios directamente vinculados a los Derechos de la Persona, al extender unas prestaciones mínimas a las personas que se encuentren en estado de necesidad, afecta también a los extranjeros; ya que podrán ser beneficiarios de dichas prestaciones, pues la Ley, en su desarrollo normativo, si bien no hace directa referencia a ellos, establece como uno de los requisitos, para poder ser beneficiarios de las prestaciones, el de "residencia legal" en España¹¹², requisito que sólo puede exigirse a los extranjeros, dados

¹¹⁰ Vid.M. QUINTANA RAMOS: El trabajo de los extranjeros en España. cit. p.185.

¹¹¹ Preámbulo de la Ley de Pensiones no contributivas.

¹¹² Así, el art. 137 bis. 1), cuando establece los requisitos de pensión de invalidez en su modalidad no contributiva establece: "Tendrán derecho...la personas que cumplan los siguientes requisitos: b) Residir legalmente en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser de forma inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión"; en el mismo sentido el art. 154 bis cuando establece los beneficiarios de las pensiones de jubilación en su modalidad no contributiva, y el art. 168, cuando establece los beneficiarios del derecho a asignación económica por hijo a cargo, en su modalidad no

los contenidos del artículo 19 de la Constitución¹¹³.

3º.- Las limitaciones legales a los Derechos y Libertades de los extranjeros en la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España.-

La Ley, como límite establecido por el propio artículo 13 de la Constitución, nos lleva a estudiar las previsiones contenidas en la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España de 1 de julio de 1985. Estas circunstancias son recogidas por el Preámbulo de la Ley, que expresa la voluntad de adecuarse al mandato constitucional y la necesidad de adecuar la normativa existente hasta el momento a "las declaraciones y recomendaciones sobre extranjeros formuladas por los Organismos Internacionales", con la intención, de "reconocer a los extranjeros la máxima cota de Derechos y Libertades, cuyo ejercicio queda prácticamente equiparado a los propios ciudadanos españoles", con los matices que el propio Preámbulo sintetiza: "el pronunciamiento abierto de la Ley sobre Derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, efectuada de tal modo que, por una parte se hace expresa afirmación de aquellos cuyo ejercicio debe ser reconocido, por ser consustancial a la persona, por otra, se señalan directrices claras respecto de los demás Dere-
contributiva.

¹¹³ La problemática que incorpora el Programa de Convergencia 1992-1996, elaborado por el Gobierno de la Nación, con la propuesta de reducción de prestaciones sociales al cumplimiento de periodos de cotización mínimos, anuncia una revisión de los generosos criterios que hasta el momento contribuían al desarrollo de las prestaciones sociales. Vid. Programa de Convergencia Económica (BOCG, Serie A, 25 de abril de 1992, nº 38) y las Resoluciones del Pleno del Congreso de Diputados y las Mociones aprobadas por el Pleno del Senado (BOCG, Serie A, 25 de marzo de 1992, nº 42).

chos", lo que nos muestra que la "máxima cota" de los Derechos de los extranjeros se sitúa en la aceptación y reconocimiento de la normativa Internacional, que salvaguarda estos Derechos y la tendencia a la equiparación entre nacionales y extranjeros es relativizada con referencia en una duplicidad de niveles: los Derechos consustanciales a la Persona, y a los demás Derechos.

a) - La participación en los asuntos públicos. Distinción entre ámbito político y administrativo. Su desarrollo en el ámbito municipal.

La primera limitación que la Ley contiene es directa consecuencia de la previsión del artículo 13.2 de la Constitución, que excluye a los extranjeros de los Derechos contenidos en el artículo 23 del Texto Constitucional, participación en los asuntos públicos y acceso a funciones y cargos públicos. En correlación con el mandato constitucional el artículo 5 de la Ley de Extranjería establece: "Los extranjeros no podrán ser titulares de los Derechos políticos de sufragio activo o pasivo, ni acceder al desempeño de cargos públicos o que impliquen autoridad". Lo que supone que, la previsión de la Ley ordinaria no cubre el posible ámbito restrictivo que contiene el precepto constitucional correlativo, de tal modo que, no impide a los extranjeros el ejercicio de todos los Derechos participativos, ya que el tenor del precepto constitucional considera, in genere, la participación en los "asuntos públicos", y el precepto de la Ley de Extranjería se refiere en exclusiva a ser "titulares de los Derechos políticos de sufragio activo y pasivo".

La expresa referencia a las técnicas del sufragio, en el ámbito político se contrapone a la participación en los órganos administrativos, aunque exista procedimiento electoral de designación de representantes,

importante y significativo matiz que permite constatar el amplio margen de participación en los asuntos públicos en el que pueden proyectarse los extranjeros, en particular cuando concurren en la Constitución Española de 1978 los generosos diseños que contiene desde la perspectiva de la participación en órganos administrativos¹¹⁴.

De modo complementario, hay que apreciar que la restricción de los Derechos electorales, es solo parcial, pues, en el párrafo segundo del mismo artículo 5, siguiendo el mandato constitucional del artículo 13.2, señala: "Se podrá reconocer el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales a los extranjeros residentes en los términos y en las condiciones que, atendiendo a criterios de reciprocidad, sean establecidos por tratado o por ley para los españoles residentes en los países de origen de aquellos". Como consecuencia de este precepto, se deduce, que los extranjeros tienen sustraídos los aspecto político-electoral vinculados al sufragio pasivo en general y al sufragio activo en las elecciones autonómicas, generales, pero que si tienen reconocido el Derecho de sufragio activo en las elecciones municipales los extranjeros que gocen de la condición de residentes legales, aunque para que ello sea posible, se establece como requisito imprescindible, el que exista trato de reciprocidad con los españoles en los países de origen de los extranjeros, no pudiendo pasar desapercibido, que el párrafo segundo del artículo 5, precisa la doble posibilidad, legal o por tratado, en el momento de deter-

¹¹⁴ En referencia a este tema aunque sin entrar en la problemática nacionales-extranjeros, M.SANCHEZ MORON: La participación del ciudadano en los asuntos públicos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1980; M. RAMIREZ: La participación política, Madrid 1985; A. SANCHEZ BLANCO: "Los derechos de participación, representación y de acceso a función y cargos públicos, la concreción de la unilateral perspectiva política" en «REDA», nº 46 (1985), pp. 206-226, y E. GARCIA DE ENTERRIA: "Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa" en Libro Homenaje al Profesor Villar Palasí, Madrid 1989, pp. 437-452.

minar el tipo de reciprocidad.

La Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985, y la Ley Electoral General, de 19 de junio de 1985, en su condición de leyes coetáneas con la ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, son obligado punto de atención con la finalidad de precisar las complementarias previsiones legales que pudiera contener.

La ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985¹¹⁵, en sus artículos 16 y 18, incorpora la idea de participación de los extranjeros mayores de edad en la vida social y política local, ya que les hace partícipes de los derechos y de los deberes de los vecinos, incluyendo la capacidad para ser elector en las elecciones municipales, pues el artículo 16.3, les confiere el carácter de residente domiciliado, siempre y cuando residan habitualmente en el municipio y estén inscritos como tales en el Padrón municipal, y el artículo 18.2, reconoce a los extranjeros domiciliados mayores de edad los derechos y deberes propios de los vecinos, "salvo los de carácter político", salvedad que no es extensiva al sufragio activo, pues como señala el inciso final del mismo artículo "no obstante, tendrán derecho de sufragio activo en los términos que prevea la legislación electoral general aplicable a las elecciones locales".

El reenvío a la legislación electoral materializada en la Ley Electoral General de 19 de junio de 1985¹¹⁶, permite constatar que, en su Título III, desarrolla las "Disposiciones especiales para las Elecciones Municipales" y contiene un Capítulo I, referente al Derecho de sufragio activo, con un único artículo, el artículo 176, que establece en su párrafo 1º: "Sin perjuicio de los regulado en el Título I, Capítulo I, de esta Ley,

¹¹⁵ Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985.

¹¹⁶ Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, sobre Régimen Electoral General.

gozan del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto de los españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado", marco que ha sido ampliado por la Ley de 13 de marzo de 1991¹¹⁷, mediante la inclusión al final del párrafo de la fórmula "o en el marco de la normativa comunitaria".

La nueva redacción de este artículo, nos permite diferenciar dos situaciones distintas, en lo que se refiere al derecho de sufragio activo en las elecciones locales, una, que afecta a los extranjeros en general, y otra, que limita su ámbito al marco comunitario.

La primera, que no sufre ningún cambio como consecuencia de la modificación de la Ley Electoral General¹¹⁸, adopta la reciprocidad por tratado, como fórmula necesaria para el posible ejercicio del sufragio activo, y nos permite particularizar que extranjeros podrán ejercer el derecho a sufragio activo en las elecciones locales españolas: los ciudadanos extranjeros residentes legales en España, que esten, de conformidad con el artículo 15 de la Ley de Bases de Régimen Local, domiciliados en un término municipal, que consten como tales en el Padrón Municipal, y que además sean ciudadanos de un país que permita a los españoles ejercer este mismo Derecho de sufragio activo, en los términos

¹¹⁷ Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo, modificadora de la Ley 5/1985, sobre Régimen Electoral General.

¹¹⁸ En contra de la opinión de E. SAGARRA I TRIAS, que considera que con anterioridad a esta modificación, los extranjeros no tenían reconocido el ejercicio de este Derecho en la Ley Electoral General, opinión basada en la redacción de los arts. 2º y 6º de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985, sin tener en cuenta el art. 18.2 de la misma Ley de Bases, que reconocía este Derecho a los extranjeros, pero remitiendo su ejercicio a la legislación electoral, desarrollada por Ley Electoral General que recoge el citado art. 176.1. Vid. : Los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas de los extranjeros en España. Protección Jurisdiccional y Garantías, cit., p.129.

de un tratado.

Será preciso, que además cumplan con otros requisitos, contenidos en el artículo 2 de la misma Ley Electoral General, y que son imprescindibles en España para poder ejercer el Derecho de sufragio activo: Ser mayor de edad conforme al Derecho Español, exigencia expresada en el artículo 12 de la Constitución que la establece en 18 años, y además, estar inscrito en el Censo Electoral vigente¹¹⁹, a cuyos efectos el Gobierno comunicará a la Oficina del Censo Electoral, "la relación de Estados extranjeros cuyos nacionales, residentes en España, deban ser inscritos en el Censo"¹²⁰.

Hasta el momento han sido publicados Canjes de Notas con los Países Bajos, Dinamarca, Noruega y Suecia¹²¹, cuyo contenido, muy similar en todos ellos¹²², incorpora y matiza los requisitos exigidos por la legislación española para el ejercicio del sufragio activo por parte de los extranjeros: ser mayor de 18 años y no estar privado del Derecho de sufragio; estar en posesión del permiso de residencia en España y haber

¹¹⁹ Comunicación a la Oficina del Censo electoral que resulta imprescindible, como señalan L. COSCULLUELA MONTANER: "Las Elecciones Locales", en Tratado de Derecho Municipal, T. I, Madrid 1988, pp. 697 y R. ENTRENA CUESTA en la obra colectiva Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, Madrid 1986, pp.47 y ss.

¹²⁰ Según establece el art. 176.2 de la Ley Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, sobre Régimen Electoral General

¹²¹ Canje de Notas con los Países Bajos de 23 de febrero de 1989 (BOE 8 de agosto de 1990), Dinamarca de 13 de julio de 1989 (BOE 30 de noviembre de 1990), Noruega de 6 de febrero de 1990 (BOE 27 de junio de 1991) y Suecia de 6 de febrero de 1990 (BOE 27 de junio de 1991). Vid. un estudio de estos Canjes de Notas en A. MARIN LOPEZ : "Los Derechos políticos de los extranjeros en España", en «REDI», 1990, pp. 351-372.

¹²² Si bien es preciso señalar, que los Canjes de Notas celebrados con los Países Bajos y Dinamarca regulan también el ejercicio del Derecho al sufragio pasivo de los españoles en esos Estados, pues son países que admiten el ejercicio del sufragio pasivo por los extranjeros.

residido en España, legal e ininterrumpidamente, más de tres años con anterioridad a la fecha de convocatoria de las elecciones locales; estar inscrito en el Padrón municipal del municipio en el que residan habitualmente; estar inscrito en las listas electorales de extranjeros residentes en España, previa solicitud -en el plazo que se establezca para cada elección- en el Ayuntamiento en cuyo Padrón figuren inscritos y, en el caso de los nacionales de los Países Bajos y Dinamarca, no encontrarse al servicio del Estado del que son nacionales, es decir no tratarse de personas con estatuto de extraterritorialidad; en caso contrario ni ellos ni sus cónyuges ni sus hijos, cuando formen parte del hogar, podrán participar en las elecciones.

Es preciso destacar que la posibilidad real de ejercicio del sufragio activo en las elecciones locales, ha quedado diferida, en virtud de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica 8/1991¹²³, que modifica la Ley Electoral General de 1985, a las primeras elecciones locales convocadas con posterioridad a 1992, disposición que ha impedido a los nacionales de los Países Bajos y Dinamarca, cuyos Canjes de Notas con el Estado Español entraron en vigor antes de las elecciones municipales celebradas el 26 de junio de 1991, ejercer este Derecho. La imposición de esta cláusula no puede ser explicada más que por razones coyunturales ante el precipitado proceso de reforma de la Ley Electoral, que hizo prácticamente imposible llevar a cabo la actividad normativa y administrativa necesaria para la previa inscripción de estos nacionales en el censo electoral especial para ciudadanos extranjeros en el tiempo hábil suficiente para que hubieran podido ejercer su Derecho al sufragio activo en las citadas elecciones, pues es preciso tener en cuenta, que las

¹²³ Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo, modificadora de la Ley Electoral General.

disposiciones contenidas en ambos Canjes de Notas no pueden ser suspendidas, según establece el artículo 96.1 de la Constitución, más que en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional, es decir en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969¹²⁴.

La situación descrita obliga considerar la normativa comparada, que nos permite valorar en que situación se encuentran los españoles en otros países distintos de España. En este sentido, es preciso señalar que el Derecho al sufragio activo de los extranjeros se ha extendido notablemente en el ámbito europeo en las décadas de los años setenta y ochenta¹²⁵.

Un primer grupo de países, entre los que se encuentran Dinamarca, Suecia, Noruega, Finlandia, Islandia, Irlanda y los Países Bajos permiten la participación a todo extranjero en las elecciones locales. En otro nivel se encuentran Portugal y Gran Bretaña, que reconocen el Derecho de voto en las elecciones locales a nacionales de Estados con los que mantienen especiales lazos históricos. Gran Bretaña reconoce este Derecho exclusivamente a los ciudadanos irlandeses y a los extranjeros nacionales de algún país miembro de la Commonwealth que residan en el Reino Unido.

¹²⁴ Vid. E. ARNALDO ALCUBILLA: "El Derecho de sufragio activo de los extranjeros en las elecciones locales", en «REDC», nº34 (1992), pp. 87-88.

¹²⁵ En Francia, a pesar de las reservas de algunos sectores políticos, la idea de participación de los extranjeros en la vida local a través de la participación en las elecciones municipales, se va abriendo camino poco a poco, siendo sin embargo necesaria la reforma de la Constitución Francesa para la extensión de este derecho a los extranjeros, reforma que plantea el problema derivado de la especial situación de los consejeros municipales (alcaldes y tenientes alcaldes) que son a su vez los electores de los Senadores de la República, ya que la Constitución Francesa prohíbe a los extranjeros intervenir en el proceso de elección de los Senadores. Vid. E. PEUCHOT: "Droit de vote et condition de nationalité" en «RDP», 1991, pp.488-493.

Portugal, reconocía este Derecho en el artículo 15.3 de su Constitución exclusivamente "a los nacionales de los países de lengua portuguesa..., en virtud de convención internacional y bajo reserva de reciprocidad", sin embargo, en la reforma aprobada por Ley Constitucional 1/1989, de 8 de julio, dispone que "la ley podrá otorgar a los extranjeros residentes en el país, en condiciones de reciprocidad, capacidad electoral para la elección de los titulares de órganos de las autoridades locales"¹²⁶.

Respecto al Derecho al sufragio pasivo en las elecciones locales, además de Gran Bretaña que reconoce este Derecho a los ciudadanos irlandeses, e Irlanda para los nacionales de Estados Miembros de la CEE, Suecia, Dinamarca y Países Bajos son los únicos Estados en el ámbito europeo que reconoce este Derecho a todos los extranjeros residentes.

La segunda situación regulada en el artículo 176.1 de la Ley Electoral General, mediante la fórmula "o en el marco de la normativa comunitaria" introducida por la Ley Orgánica 8/1991, se circunscribe al ámbito de la CEE, y excluye la necesidad de realización de tratados, permitiendo el ejercicio del sufragio activo en las elecciones locales a los nacionales de Estados Miembros de la CEE, residentes en España, cuando en el seno de la CEE se adopte una normativa común, que conceda el Derecho de sufragio activo en las elecciones locales a los nacionales comunitarios residentes en Estados Miembros distinto del propio. La introducción de esta fórmula, por el artículo 176.1 de la Ley Electoral General, no plantea problemas respecto al tema de la reciprocidad, pues el artículo 13.2 de la Constitución, permite que se establezca por tratado o Ley, y es una Ley, la Ley Electoral General quien remite a la normativa comunitaria, que por definición habrá de basarse en la reciprocidad, de

¹²⁶ Vid. E. ARNALDO ALCUBILLA: "El Derecho de sufragio activo de los extranjeros en las elecciones locales", en «REDC», cit., pp.70-72.

modo que los nacionales españoles residentes en otros Estados Miembros también podrán participar en las elecciones en el Estado de residencia¹²⁷; esta fórmula es, por lo tanto, una razonable previsión, con objeto de permitir el ejercicio de este Derecho a los ciudadanos comunitarios residentes en España, bajo los exclusivos requisitos establecidos en el marco comunitario para su ejercicio¹²⁸, previsión que, sin embargo, no pudo hacerse extensiva al Derecho al sufragio pasivo, debido a los condicionantes que imponía el ya modificado artículo 13.2 de la Constitución, al reconocer a los extranjeros, exclusivamente, el ejercicio del sufragio activo.

En el seno de la CEE, la concesión del Derecho de sufragio en las elecciones locales a los ciudadanos comunitarios residentes en Estados Miembros distintos al suyo de origen ha sido planteada prácticamente desde su consolidación, pues las Instituciones Comunitarias siempre han tenido presente que se trataba de un elemento esencial en la construcción

¹²⁷ La inclusión de esta fórmula le lleva a E. ARNALDO ALCUBILLA a considerar que no resulta literalmente conforme con el art. 13.2 de la CE, que se refiere a «tratado o ley», "salvo que se entienda que una directiva comunitaria pueda identificarse con alguno de ambos tipos de normas, lo que no es conforme con su naturaleza", vid. su trabajo "El Derecho de sufragio activo de los extranjeros en las elecciones locales", en «REDC», cit., p. 87.

¹²⁸ Posibilidad todavía no desarrollada, por ello, y hasta que se establezca la normativa comunitaria, todos los extranjeros, nacionales comunitarios o no, están sometidos, tras la clara opción del art. 176.1 de la Ley Electoral General, al sistema de reciprocidad por tratado, como única posibilidad de ejercicio del sufragio activo, no pudiendo por lo tanto aceptarse, en contra de la opinión de E. SEGARRA I TRIAS, que en base la posibilidad establecida en el art. 5 de la Ley de Extranjería: "...sean establecido por tratado o por ley para los españoles residentes en los países de origen de aquellos", los extranjeros en cuyo país se conceda por ley este derecho a los españoles soliciten que se autorice su participación en las elecciones locales, dado que la propia Ley Electoral General, que ha desarrollado este precepto, se ha decantado por la fórmula del tratado, no admitiendo la posibilidad de ejercicio de este Derecho a aquellos extranjeros, en cuyo país se extienda por ley este Derecho a los españoles, si no es mediante la realización de un tratado. Vid E. SEGARRA I TRIAS: Los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas de los extranjeros en España, cit. p. 131.

de la Europa de los ciudadanos¹²⁹, sin embargo, esta propuesta se tuvo que limitar a una simple declaración de principios hasta la Proposición de Directiva de 22 de junio de 1988, sobre el "Derecho de voto de los nacionales de Estados Miembros en las elecciones municipales en el Estado de residencia"¹³⁰, pues una gran mayoría de Estados Miembros se

¹²⁹ Vid. Informes del Comité *ad hoc* para la Europa de los Ciudadanos (Informes Adoninó) presentado el primero al Consejo Europeo de Bruselas (19-30 de marzo de 1985) que se centró básicamente en cuestiones relativas al aligeramiento de ciertas travas al paso de fronteras de personas y bienes, residencia y reconocimiento de equivalencia de títulos universitarios. El segundo, presentado al Consejo Europeo de Milán (28-29 de junio de 1985), abre el ámbito de sus propuestas a materias como los "derechos especiales de los ciudadanos", cultura y comunicación, información, juventud, educación y deporte, voluntariado para el tercer mundo, salud, seguridad social y droga, hermanamientos, reforzamiento de la imagen y de la identidad de la Comunidad. (Comisión des CC. EE, S. 7/85).

¹³⁰ Después de un largo período de reflexión que se inicia en 1974 y, con posterioridad a la Cumbre de París, en el año 1988, la Comisión aprobó la Proposición de Directiva de 22 de junio de 1988, sobre "el Derecho de voto de los nacionales de los Estados Miembros a las elecciones municipales en el país de residencia"(DOCE C 246 20.09.88), que fue presentada al Parlamento Europeo (Boletín de las Comunidades Europeas. Comisión, 1988, nº 2.1.21. pp. 25-26) para su posterior remisión al Consejo de Ministros de la CEE. Esta Proposición de Directiva regula el acceso de los ciudadanos comunitarios residentes en Estados Miembros de los que no son originarios, al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales de los Estados de acogida, para ello, determina una serie de requisitos que habrán de cumplir los ciudadanos comunitarios residentes en el Estado de acogida. En el supuesto de sufragio activo, será preciso que el ciudadano comunitario hubiera residido en el Estado de acogida, como mínimo, durante un mandato municipal (variable según los países); en el supuesto de sufragio pasivo, el ciudadano miembro que pretendiera ser elegido concejal, debería haber residido durante un período igual o superior a dos mandatos municipales, con la salvedad; de que nunca podría ser elegido, ni teniente alcalde ni alcalde del municipio. El Parlamento Europeo, dió su visto bueno a la Proposición de Directiva el 15 de marzo de 1989, enmendándola en alguno de sus puntos remitiéndola a continuación al Consejo. "Proposición de Directiva que permitiría realizar un salto cualitativo, demostrando que el nacional de un Estado miembro no es considerado ya exclusivamente como un «homo economicus», sino que tiende a convertirse en un «ciudadano europeo». Vid W. LOBKOWICZ: "Un Droit de vote municipal pour tous les européens", en «Revue du Marché Commun», nº322 (1988), p. 614.

han opuesto reiteradamente a su extensión, planteada desde la doble perspectiva de conceder el ejercicio del Derecho de sufragio activo y pasivo.

La Proposición de Directiva, cuyo objetivo primordial, dadas las polémicas políticas que provoca el tema en varios Estados Miembros, era avanzar, no sólo con determinación sino también con tacto, en la construcción de la Europa de los ciudadanos, ha quedado relegada a un segundo plano, en espera de ratificación por los Parlamentos nacionales del Proyecto de Tratado de la Unión Europea, que extiende el Derecho de sufragio activo y pasivo a los nacionales comunitarios en el Estado Miembro de residencia.

El Proyecto de Tratado de la Unión Europea firmado por los representantes de los Gobiernos nacionales, el 7 de febrero de 1992, instituye, a propuesta española¹³¹, en su artículo 6 c), modificativo del Tratado del Roma, la ciudadanía de la Unión y extiende el ejercicio del sufragio activo y pasivo en las elecciones locales y al Parlamento Europeo a todos los nacionales comunitarios residentes en Estados Miembros distintos al de origen. La consecuencia inmediata más importante de esta inclusión, en lo que afecta a España, viene derivada, no de la extensión del ejercicio de sufragio activo a los nacionales comunitarios, ya previsto en el artículo 13.2 de la Constitución y recogida en la Ley de Extranjería y en el art. 176.1 de la Ley Electoral General, sino de la concesión del derecho de sufragio pasivo a nacionales comunitarios, es decir, a extranjeros, ya que nuestra Constitución, en sus artículos 13.2 y 23, limita el ejercicio del sufragio pasivo en todas las elecciones a los españoles, por ello, la

¹³¹ Vid. Texto de la Propuesta oficial de España, "Hacia una ciudadanía europea", presentada en octubre de 1990 y la Propuesta de Texto articulado sobre ciudadanía europea presentado por la Delegación española a la Conferencia intergubernamental sobre Unión Política (20 de febrero de 1990), «RIE», vol.17, nº 1, 1990, pp. 333-338 y 405-409.

extensión de este derecho a los ciudadanos comunitarios, plantea la interrogante sobre la necesidad o no de reforma de la Constitución de 1978, interrogante que no debe pasar por alto las consecuencias de la concesión de este Derecho, pues es preciso no olvidar que, conforme al sistema electoral español, los concejales electos pueden llegar a ser Diputados provinciales y Presidente de la Diputación, situación que podría llevar al establecimiento de limitaciones a la hora de ser elegido, limitaciones que, en forma de excepciones, podrán ser establecidas por la normativa comunitaria, ya que el propio artículo 8B del Proyecto de Tratado, que remite la concreción de las modalidades de ejercicio del Derecho de sufragio activo y pasivo a "las disposiciones que el Consejo deberá adoptar antes del 31 de diciembre de 1994, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo", especifica que "dichas disposiciones podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado Miembro"¹³².

¹³² En Francia, como consecuencia de la extensión, por el Proyecto de Tratado de la Unión, a los nacionales comunitarios del Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales, el Conseil Constitutionnel, llamado a pronunciarse por el Primer Ministro francés, ha declarado en su Decisión 92-308 DC de 9 de abril de 1992, que "la autorización para ratificar en virtud de una ley el Tratado de la Unión Europea" no puede producirse hasta que se reforme la Constitución. Vid. B. GENEVOIS: "Le Traité su l'Union européenne et la Constitution. A propos de la decision du Conseil Constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992", en RFDA», 8(3), mai-juin 1992, p.368-394. Declaración que llevo, en mayo de 1992, a la Asamblea Nacional, a la aprobación de la reforma de la Constitución para poder ampliar el Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales y al Parlamento Europeo de los nacionales comunitarios, aprobación que contiene la importante salvedad de que los ciudadanos comunitarios no podrán ser elegidos consejeros municipales (ya que son a su vez electores de los Senadores). Esta aprobación ha sufrido, a su vez, una importante matización, tras su paso por el Senado, que ha aprobado la enmienda, pactada entre los diversos Grupos Parlamentarios para poder dar luz verde al proceso de Unión Europea, que reduce el Derecho al sufragio pasivo de los nacionales comunitarios en Francia a una mera "posibilidad" a desarrollar mediante Ley orgánica. En Alemania, el Tribunal Constitucional de Karlsruhe, se había pronunciado en dos Decisiones de 30 de octubre de 1990, a propósito de la concesión de Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones de la asamblea de comuna (Bezirksversammulungen) en el Lan de

El Dictamen de 20 de junio de 1991, elaborado, a petición del Ministro de Asuntos Exteriores, por el Consejo de Estado, que estima adecuada la consulta al Tribunal Constitucional, consideró innecesaria esa reforma constitucional, basandose para ello, en el contenido del artículo 93¹³³ de la propia Constitución, que establece que, mediante ley orgánica, se puede autorizar la celebración de tratados "por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de las competencias derivadas de la Constitución", pues estima que, si bien la posibilidad de eludir la reforma constitucional a través del artículo 93 es limitada, constituido el límite "por aquellas materias constitucionales que sólo pueden reformarse mediante el procedimiento de rigidez agravada por el artículo 168 de la propia Constitución", de modo que "una ley orgánica aprobada al amparo del artículo 93 por las Cortes Generales ordinarias puede eludir la reforma parcial del artículo 167, pero no puede entrar en los ámbitos protegidos del artículo 168 -Título Preliminar; Sección Primera, Capítulo Segundo, título I, y Título II- que regula un Hamburgo (es preciso tener en cuenta que Hamburgo es una "ciudad-estado") y del sufragio activo, en condiciones de reciprocidad en las elecciones locales del Land de Schleswig-Holstein, en el sentido de que era preciso una reforma constitucional para poder conceder el Derecho de voto activo y pasivo en estas elecciones, pues la legislación de los Länder debe respetar el contenido del artículo 20 de la Constitución federal, que proclama la soberanía del pueblo y el principio de homogeneidad establecido en el artículo 28 del mismo texto constitucional. Vid. O. BEAUD: "Le droit de vote des étrangers: l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage", en «RFDA», 8(3), mai-juin, 1992, pp.409-424.

¹³³ Es preciso señalar que, en efecto, el artículo 93 de la Constitución no se agota con la Adhesión de España a la CEE, autorizada por Ley orgánica 4/1986, de 26 de noviembre. Vid en este sentido, L.I. SANCHEZ RODRIGUEZ: "El artículo 93 CE y el bloque de la constitucionalidad: algunos problemas", en Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, T. I, El Ordenamiento Jurídico, Madrid 1991, pp. 220-223.

poder de revisión que se encuentra fuera del alcance de unas Cortes ordinarias"¹³⁴, también es preciso tener en cuenta que "el artículo 13.2, no se encuentra ni en el Título Preliminar ni en la Sección 1ª del Capítulo, II del Título I de la Constitución. La función del artículo 13.2 consiste en limitar, por razón de extranjería, el ámbito subjetivo de los derechos reconocidos en el artículo 23, precepto éste que sí está ubicado en dicha Sección 1ª del Capítulo II del Título I. El artículo 13.2 no se refiere al contenido esencial de los Derechos reconocidos en el artículo 23, sino al círculo de los sujetos titulares de tales derechos, círculo que el apartado 2 del artículo 13 restringe por un principio de organización política y por razones inherentes al régimen de los derechos en cuestión; que queda intacto en su sede del artículo 23. Es indudable que existen principios configuradores de la representación política que no pueden verse afectados por ley orgánica aprobada en el marco del artículo 93. Pero se trata de principios que derivan del Título Preliminar de la Constitución, como ocurre con los que regulan la elección de las Cortes Generales, Cortes que convierten a la Monarquía en parlamentaria (art. 1.3) y que representan al pueblo español (art. 66.1), en el que reside la soberanía nacional y del que emanan los poderes del Estado (art. 1.2). En cambio, los principios rectores de la organización municipal no aparecen en el Título Preliminar de la Constitución".

La tesis mantenida por el Consejo de Estado conduce, de hecho, a

¹³⁴ Tesis ya formulada por la doctrina con anterioridad, Vid. J. RODRIGUEZ ZAPATA: "Los Tratados internacionales y los controles de constitucionalidad" en «REDA», nº 30 (1981), p.481; I. de OTTO Y PARDO: Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, Barcelona, 1987, pp.26-27; S. MUÑOZ MACHADO: El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea, Madrid 1986, pp. 264-266; E. ALONSO GARCIA: "La incidencia en el ordenamiento constitucional español de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, como puesta en práctica del artículo 93 de la Constitución" en: Tratado de Derecho Comunitario, T. I, Madrid, 1986, pp. 379-382.

otorgar a una ley orgánica aprobada al amparo del artículo 93, la facultad de acometer una reforma tácita o fáctica de la Constitución, al margen del procedimiento previsto en el artículo 167, en materias no orgánicas o competenciales, que son las contempladas en el artículo 93, sin embargo es preciso señalar, que este artículo 93, no permite una completa remisión al ordenamiento comunitario, sino que su objeto es establecer la conexión de dos ordenamientos, teniendo en cuenta que la primacía de uno de ellos -el comunitario- sobre el otro, no deja a salvo la obligación de proceder a las necesarias reformas internas, y muy particularmente las de orden constitucional¹³⁵, de lo que se puede deducir, que no permite introducir, mediante ley orgánica aprobada en virtud del artículo 93, alteraciones en los Derechos y Libertades contenidos en el Título I, pues constituyen un núcleo indisponible, que solo podrá ser alterado mediante reforma constitucional.

Esta postura de rechazo a la tesis mantenida por el Consejo de Estado es reforzada por la posición del Tribunal Constitucional, que en Sentencia de 20 de mayo de 1991¹³⁶, declara que "el posible ejercicio el derecho se limita al sufragio activo, no al derecho de sufragio pasivo, que es el que se discute ahora. La exclusión constitucional bastaría, tal y como lo señala el Ministerio Fiscal, para denegar el presente amparo"¹³⁷,

¹³⁵ Vid. al respecto E. ARNALDO ALCUBILLA: "El Derecho de sufragio activo de los extranjeros en las elecciones locales", cit., pp. 95-96.

¹³⁶ STC 112/1991, de 20 de mayo. Magistrado Ponente: Sr. GARCÍA-MON (BOE 19 de junio). Sentencia que resuelve el recurso de amparo electoral presentado por la candidatura electoral "los Verdes de Andalucía", contra la Sentencia de la Sala de los Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de mayo de 1991, que confirma el Acuerdo de la Junta Electoral de Motril de 28 de abril de 1991, relativo a la proclamación de la candidatura actora para las elecciones municipales celebradas el 26 de mayo de 1991, que incluía entre sus candidatos a D. Edward Emerentia Franz Vandoorne, que no era nacional español.

posición que no impide -dada la no vinculación del Tribunal Constitucional a sus propias decisiones- a un sector de la doctrina, considerar innecesario la reforma constitucional, por estimar que el único límite a las instituciones internas infranqueable por la vía del artículo 93, "es la imposibilidad de permitir restricciones en el círculo constitucional, mínimo a estos efectos, constituido por el contenido esencial del derecho y su ámbito subjetivo de aplicación, pero no así ampliaciones de dicho círculo que, de ser consideradas, por el contrario, como terreno igualmente fuera del artículo 93, exigiría haber procedido en su momento, por ejemplo, a la reforma constitucional de los artículos 19 y 139 de la Constitución, que reconocen únicamente a los españoles la libre circulación por el territorio nacional, pues es sabido que dicha libertad es, desde 1957, una de las básicas previstas en el Tratado CEE, de la que se benefician, en el marco establecido, los ciudadanos comunitarios"¹³⁸. Posición que estimo no puede ser compartida pues, efectivamente, el art. 19 reconoce este Derecho exclusivamente a los españoles, pero es preciso tener en cuenta el contenido del art. 13.1, que especifica que los extranjeros gozarán en España de las Libertades que garantiza el Título I, "en los términos que establezcan los tratados y la Ley", y desde luego, el Tratado de Roma con las posteriores modificaciones introducidas por el Acta Unica, son tratados internacionales, que pueden, por lo tanto, modificar el contenido del artículo 19, mientras que el artículo 23,

¹³⁷ Fto. Jco 2º de la STC 112/1991, cit.

¹³⁸ Vid. R. ALONSO GARCIA: en su estudio preliminar al Proyecto de Tratado de Maastricht, en Tratado de la Unión Europea, cit., p. XXVIII. Si bien, habría que añadir, que el reconocimiento de este Derecho a la libre circulación se hace con múltiples restricciones que, incluso, permiten expulsar a un nacional comunitario del territorio español, lo que en definitiva supone su no reconocimiento, sino sólo una posición más ventajosa respecto de los demás extranjeros.

excluye a los extranjeros del ejercicio del Derecho de sufragio pasivo en las elecciones locales y esta exclusión es ratificada por la cláusula contenida en el apartado segundo del mismo art. 13, que señala "Solamente los españoles serán titulares...", lo que en definitiva supone, que el Derecho a sufragio pasivo, recogido en el artículo 23 escapa del ámbito de aplicación del artículo 13.1, es decir de su posible modificación mediante una Ley o tratado, y que, por lo tanto, la ampliación de este Derecho no puede hacerse mediante una Ley orgánica aprobada conforme el artículo 93, sino que precisará la reforma constitucional.

La Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992¹³⁹, pronunciada a requerimiento del Gobierno de la Nación, ha zanjado definitivamente la polémica sobre la posibilidad o no de extender el Derecho de sufragio pasivo en las elecciones locales a los ciudadanos comunitarios, mediante una Ley orgánica, aprobada al amparo del artículo 93 de la Constitución, que supondría, a su vez, una reforma tácita o de hecho del Texto Constitucional.

La Declaración de Tribunal Constitucional, que cuenta con la particularidad de ser la primera que se produce por requerimiento del Gobierno de la Nación en base a la previsión establecida en el artículo 95.2 de la Constitución, que atribuye al Tribunal Constitucional la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar, al tiempo, la seguridad y la estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional, declara la contradicción existente entre la previsión del apartado primero del artículo 8B del Tratado de la Unión Europea y el 13.2 de la Constitución y, al mismo tiempo, la necesidad de reforma de la

¹³⁹ Declaración de 1 de julio de 1991, Pleno del Tribunal Constitucional, Magistrado Ponente: Sr. GIMENO SENDRA (BOE 24 de julio).

Constitución, por la vía prevista en el artículo 167 de la misma, para obtener la adecuación de dicha norma convencional a la Constitución.

En lo que afecta a existencia o inexistencia de contradicción entre la previsión establecida en el artículo 8B, apartado primero del Tratado de la Unión Europea (TUE), que se incluirá en el Tratado Constitutivo de la CEE, que reconoce a "todo ciudadano de la Unión" el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado Miembro del que no sea nacional y en el que resida, "en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado" y la Constitución Española, el Tribunal Constitucional, entra a analizar -en contra del "petitum" realizado por Gobierno que se limitaba al artículo 13.2- la eventual contradicción del apartado primero de dicho artículo 8B con la Constitución «in toto», al considerar que conforme a lo dispuesto en el artículo 95.2 de dicha norma fundamental, "es la Constitución «in toto» y no sólo alguno de sus preceptos la que ha de erigirse en punto de referencia para el propio Tribunal", estimando, a continuación, que "tres son las normas constitucionales que pudieran incidir en la extensión del Derecho de sufragio pasivo a los no nacionales en las elecciones municipales: el artículo 13.2, que limita dicho derecho de participación política a los españoles, el artículo 23 que reconoce el ejercicio de dicho derecho a los ciudadanos y el artículo 1.2, en cuya virtud «la soberanía nacional reside en el pueblo español»".

Respecto de la primera de las posibles contradicciones, el Tribunal Constitucional declara que si bien la previsión establecida en el apartado primero junto a las demás contenidas en el mismo artículo 8 "viene a configurar una nascente ciudadanía europea que, sin abolir las distintas nacionalidades de los ciudadanos de los Estados signatarios del TUE (tal y como lo confirma la «declaración relativa a la nacionalidad de un Estado Miembro» incluida en el Acta final de dicho Tratado), supone una parcial

superación del tradicional binomio nacional/extranjero por la vía de la creación de aquel tercer status común", es del todo claro, sin embargo, "que está limitada extensión del derecho de sufragio activo y pasivo, a quienes sin ser nacionales españoles son ciudadanos de la Unión encuentra un acomodo sólo parcial en las previsiones del art. 13 de nuestra Constitución, cuyo apartado 2º afirma que únicamente los españoles ostentan la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23 de la misma norma fundamental «salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o Ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales», limitación constitucional que ya ha sido puesta de relieve por este Tribunal en su Sentencia 112/1991". "Por lo tanto, sin perjuicio de la citada salvedad contenida en el art. 13.2 en orden al sufragio activo en las elecciones municipales, y en virtud de estas reglas constitucionales no cabe, pues, ni por tratado ni por Ley, atribuir el derecho de sufragio pasivo a los no nacionales en cualquiera de los procedimientos electorales para la integración de órganos de los poderes públicos españoles".

Como efecto inducido, declara a continuación: "la parcial contradicción así apreciable entre el repetido art. 13.2 de la Constitución y el texto sometido a nuestro examen habría de llevar, por consiguiente, a la conclusión de que dicho precepto contiene, en el extremo dicho, una estipulación que, contraria a la Constitución, no podría ser objeto de ratificación, sin la previa revisión de la norma fundamental, según dispone en su art. 95.1"¹⁴⁰.

El segundo de los preceptos constitucionales enunciados en el que podría apreciarse una colisión con el apartado primero del artículo 8B del TUE, es el artículo 23 de la Constitución, "y más concretamente su

¹⁴⁰ Fto. Jco. 3. A, de la Declaración de 1 de julio de 1992, cit.

apartado segundo que, en forma de elipsis, confiere a los «ciudadanos» el derecho de acceder a los cargos públicos, en condiciones de igualdad, con los requisitos que señalen las leyes”.

El Tribunal considera al respecto, que la redacción del precepto, en base a su remisión a la Ley, evidencia que la Constitución no consagra un derecho a ocupar cargos o funciones públicas, “sino simplemente la prohibición de que el legislador pueda regular el acceso a tales cargos y funciones en términos discriminatorios, pues como repetidamente hemos afirmado, el precepto en cuestión es una concreción del principio general de igualdad”.

En cuanto a que esta interdicción de discriminación se refiera, según la letra del artículo, sólo a los ciudadanos, el Tribunal estima que “es obvio que del mismo no se deriva prohibición alguna, ni de que el derecho otorgado a éstos por las leyes se extienda también a quienes no los son, ni que al prever el modo de acceso a cargos o funciones públicas determinadas se establezcan condiciones distintas para los ciudadanos y los que no lo son”.

Argumento que le lleva a considerar que “en relación al sufragio pasivo, el art. 23.2, no contiene, por lo tanto, ninguna norma que excluya a los extranjeros del acceso a cargos y funciones públicas”, ausencia de normas excluyentes motivada en el hecho de que “no es el art. 23 el precepto que en nuestra Constitución establece los límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los no nacionales”, pues en la Constitución Española, la norma, “atinenta a este requisito de capacidad, no es el art. 23, sino el art. 13, en cuyo primer párrafo se procede a extender a los extranjeros el ejercicio de todas las libertades públicas reconocidas en el Título I de la CE en los términos que establezcan los tratados y la Ley. Esta extensión

se ve exceptuada por la cláusula del art. 13.2 que excluye de ella determinados derechos reconocidos en el art. 23, restringidos, en consecuencia, únicamente a los españoles. Pero esta exclusión no deriva, por tanto, de las previsiones del art. 23, que por sí mismo no prohíbe que los derechos allí reconocidos puedan extenderse, por Ley o por tratado, a los ciudadanos de la Unión Europea".

En consecuencia, el Tribunal declara que no cabe "estimar que la previsión del futuro art. 8B, 1, del TCE contradiga el art. 23 CE, haciendo necesario recurrir al procedimiento del art. 168 CE"¹⁴¹.

En lo que respecta a la proclamación incluida en el artículo 1.2 de la Constitución, el Tribunal considera que no "queda contradicha, ni afectada siquiera, por el reconocimiento del sufragio pasivo, en las elecciones municipales, a una determinada categoría de extranjeros", fundamentando dicha afirmación en que "la atribución a quienes no son nacionales del derecho de sufragio en las elecciones a órganos representativos sólo podría ser controvertida, a la luz de aquel enunciado constitucional, si tales órganos fueran aquellos que ostentan potestades atribuidas directamente por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y ligadas a la titularidad por el pueblo español de la soberanía. No tendría sentido alguno, como es obvio, formular ahora juicios hipotéticos, de modo que basta con advertir que ese no es el caso de los municipios, para descartar toda duda sobre la constitucionalidad, en cuanto a este extremo, de lo prevenido en la estipulación aquí examinada"¹⁴².

Analizados los preceptos constitucionales que pudieran incidir en la extensión del derecho de sufragio pasivo a los no nacionales en las elecciones municipales y declarada la contradicción existente entre la

¹⁴¹ Fto. Jco. 3 B, de la Declaración de 1 de julio de 1992, cit.

¹⁴² Fto. Jco. 3. C, de la Declaración de 1 de julio de 1992, cit.

estipulación contenida en el apartado primero, del artículo 8B de TUE y el artículo 13.2 del Constitución Española, el Tribunal Constitucional, pasa a analizar la viabilidad de la reforma constitucional, a través de la vía prevista en el artículo 93 del Texto Constitucional, al considerar, que si bien "de conformidad con lo preceptuado en su art. 95.1 (de la Constitución), podría finalizar aquí nuestra declaración. La alegación, sin embargo, por parte del Gobierno de otras interpretaciones, en su opinión superadoras de la advertida, ha de obligar a efectuar una adecuada respuesta a las mismas"¹⁴³.

La argumentación del Gobierno de la Nación a fin de propiciar, sin reforma de la Constitución, una posible integración de la colisión existente entre su artículo 13.2 y el artículo 8B, apartado primero del Tratado de la Comunidad Económica Europea, en la versión que al mismo habría de dar el Tratado de la Unión Europea, es reconducida por el Tribunal Constitucional a la cuestión final de si en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución puede procederse a ratificar el apartado primero del artículo 8B del TUE, sin la previa revisión del artículo 13.2 de la Norma fundamental.

Posibilidad que es rechazada por el Tribunal Constitucional, argumentado para ello, que si bien "el art. 93 permite atribuciones o cesiones para el «ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» y su actualización comportará -ha comportado ya- una determinada limitación o constricción a ciertos efectos, de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles", también es cierto que "para que esa limitación opere es indispensable, sin embargo, que exista efectivamente una cesión del ejercicio de competencias (no de titularidad) a organizaciones o instituciones internacionales, lo que no ocurre con la

¹⁴³ Fto. Jco. 3. C, párrafo último de la Declaración de 1 de julio de 1992, cit.

estipulación objeto de nuestra resolución, pues en ella no se cede o transfiere competencias, sino que, simplemente, se extiende a quienes no son nacionales unos derechos que según el art. 13.2 no podría atribuirseles", circunstancia, que permite constatar "que el contenido de la estipulación examinada no se corresponde con el supuesto previsto en el art. 93 de la Constitución", ya que supone para España un compromiso directo "en orden a acomodar el propio ordenamiento electoral a una atribución de derechos subjetivos, operada por el Tratado, atribución que resulta inconciliable con el dictado del art. 13.2 de la Norma fundamental". Debiéndose tener en cuenta, además, que "tampoco el art. 93 de la Constitución se prestaría a ser empleado como instrumento para contrariar o rectificar mandatos o prohibiciones contenidos en la Norma fundamental, pues, ni tal precepto es el cauce legítimo para la «reforma implícita o tácita» constitucional, ni podría ser llamada atribución del ejercicio de competencias, en coherencia con ello, una tal contradicción, a través del tratado, de los imperativos constitucionales".

Estos argumentos le llevan a considerar que "el tenor literal y el sentido mismo del art. 95.1 aplicable a todo tipo de tratados, excluyen con claridad el que mediante cualquiera de ellos puedan llegar a ser contradichas o excepcionadas las reglas constitucionales que limitan, justamente, el ejercicio de todas las competencias que la Constitución confiere, algunas de la cuales pueden ser cedidas «quoad exercitium», en virtud de lo dispuestos en su art. 93. Los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales o supranacionales que al ejercer «ad intra» sus atribuciones, y no otra cosa ha querido preservar el art. 95, precepto cuya función de garantía no debe resultar contrariada o disminuida por lo prevenido en el art. 93 de la misma Norma fundamental".

Declaración, que al plantear posibles contradicciones entre lo establecido en los artículos 93 y 95.1, le lleva a realizar una interpretación conciliadora de ambas previsiones constitucionales, "lo que supone afirmar, de una parte, que los enunciados de la Constitución no pueden ser contradichos sino mediante su reforma expresa (por los cauces del título X) y reconocer también, de la otra, que cabe autorizar mediante Ley Orgánica, la ratificación de tratados que, según queda dicho, transfieran o atribuyan a organizaciones internacionales el ejercicio de competencias «ex Constitutione», modulándose así, por lo tanto, el ámbito de aplicación, no el enunciado de las reglas que las han instituido y ordenado. Este es sin duda, un efecto previsto por la Constitución y, en cuanto tal, legítimo, pero ninguna relación guarda con el que depararía la colisión textual y directa entre la propia Norma fundamental y una o varias de las estipulaciones de un tratado. Tal hipótesis -la del tratado «contra Constitutione»- ha sido, en definitiva excluida por el art. 95".

Con base en esta interpretación, el Tribunal declara que "en virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de «competencias derivadas de la Constitución», no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues ni el poder de revisión constitucional es una «competencia» cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el del título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto".

Estos argumentos llevan al Tribunal a descartar, "que la contradicción existente entre los arts. 13.2 de la Constitución y 8B, apartado 1, del Tratado de la Comunidad Económica Europea, en trance de reforma,

pueda ser reducida por el mero expediente de autorizar la celebración del Tratado de la Unión Europea según lo dispuesto en el art. 93. Es patente que aquella estipulación en cuanto directamente atribuye el derecho de sufragio no cede competencias de tipo alguno, sino que otorga derechos subjetivos y para hacerlo, visto su enunciado y el del art. 13.2 de la Constitución será en todo caso precisa la previa revisión de la Constitución"¹⁴⁴.

Desacarta la posibilidad de que la contradicción existente entre el contenido del artículo 13.2 de la Constitución y la previsión establecida en el apartado primero del Art. 8B del TUE, pueda ser reconducido en base al cauce previsto en el art. 93 de la Norma fundamental. El Tribunal entra a considerar la sugerencia que en el Requerimiento del Gobierno se hace en orden a superar o relativizar, el límite del artículo 13.2 y la consiguiente exigencia de reforma de la Constitución, a través de la hipotética equiparación legislativa de los ciudadanos de la Unión Europea, a efectos del derecho de sufragio municipal, como nacionales españoles.

Posibilidad que también es rechazada por el Tribunal Constitucional, al considerar que si bien es "cierto que la Constitución no define quienes son los españoles (tarea que defiere al legislador en su art. 11), y resultando, asimismo, indiscutible que no existe un régimen jurídico uniforme para todos los nacionales, y que puede ser diverso también el de unos y otros extranjeros", resulta también "patente, sin embargo, que la Constitución, en su art. 13 ha introducido reglas imperativas e insoslayables para todos los poderes públicos españoles (art. 9.1 de la Norma fundamental), en orden al reconocimiento de derechos constitucionales en favor de los no nacionales".

Encontrándose entre tales reglas "la que reserva a los españoles la

¹⁴⁴ Fto. Jco. 4 de la Declaración de 1 de julio de 1992, cit.

titularidad y el ejercicio de muy concretos derechos fundamentales, derechos -como el de sufragio pasivo que aquí importa- que no pueden ser atribuidos, ni por Ley, ni por tratado, a quienes no tengan aquella condición; esto es que sólo pueden ser conferidos a los extranjeros a través de la reforma de la Constitución", que se constituye así en un límite sólo franqueable a través de los procedimientos por ella misma establecidos.

Declaración que lleva a considerar al Tribunal que "este límite constitucional desaparecería - y con él la propia fuerza de obligar de la Constitución- si tomara forma jurídica y fuera aceptada la interpretación que el Gobierno ha expuesto, según la cual pudiera el legislador acuñar y troquelar nacionalidades «ad hoc» con la única y exclusiva finalidad de eludir la vigencia de la limitación contenida en el art. 13.2 CE. El legislador de la nacionalidad debe, como es obvio, definir quienes son los españoles, es decir, quienes tiene potencialmente, capacidad para ser titulares de cualesquiera situaciones jurídicas en el ordenamiento y sobre ello no le da la Constitución pauta alguna. Pero no puede, sin recurrir en inconstitucionalidad, fragmentar, parcelar o manipular esa condición, reconociéndola solamente a determinados efectos con el único objeto de conceder a quienes no son nacionales un derecho fundamental, que, como es el caso del sufragio pasivo, les está expresamente vedado por el art. 13.2 de la Constitución".

El Tribunal Constitucional considera, que esta argumentación no puede ser desvirtuada por la alusión que el Gobierno realiza en su Requerimiento al expediente de las ficciones legales. Pues estima "que una ficción legal no es otra cosa que una construcción jurídica que tiene por objeto, contrariando la realidad, introducir en el ámbito de la aplicación de una norma anterior un supuesto de hecho que, de otra

manera, estaría excluido del mismo, siendo una de sus notas definitorias esenciales el no ser medio idóneo para operar sobre lo jurídicamente imposible, como lo es el reforma la Constitución al margen de los procedimientos expresamente previstos con tal objeto en los arts. 167 y 168 de la propia Constitución, procedimientos que el legislador sometido como está al principio de supremacía de la Norma fundamental, no puede en modo alguno soslayar, ni directamente ni mediante la técnica indirecta, excepcional y subsidiaria del «fictio juris»¹⁴⁵.

Los argumentos expuestos sobre las diferentes cuestiones presentadas y surgidas llevan al Tribunal Constitucional a declarar la contradicción existente entre el apartado primero, del artículo 8B del Tratado de la Comunidad Económica Europea, tal y como quedaría redactado por el Tratado de la Unión Europea y el artículo 13.2 de la Constitución; "contradicción que afecta a la parte de aquel precepto que reconocería el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a un conjunto genérico de personas (los nacionales de otros países miembros de la Comunidad), que no tienen la condición de españoles".

Antinomia que sólo puede ser superada en Derecho, al objeto de permitir la ratificación del Tratado de la Unión Europea, por la vía prevista en la propia Constitución en su art. 95.1: "la previa revisión de la Norma fundamental". "Dicha reforma constitucional habrá de remover el obstáculo contenido en el art. 13.2, que impide extender a los que no son nacionales el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales".

"De lo anteriormente expuesto se infiere la conclusión de que, al no contrariar el precepto examinado otra norma de la Constitución distinta a la del art. 13.2 de la misma, el procedimiento para la revisión constitucional, que prevé el art. 95.1, ha de ser el de carácter general u

¹⁴⁵ Fto. Jco. 5 de la Declaración de 1 de julio de 1992, cit.

ordinario contemplado en el art. 167 de nuestra Ley fundamental"¹⁴⁶.

Declarada por el Tribunal Constitucional la contradicción existente entre la previsión establecida en el apartado primero, del artículo 8B del Tratado de la Unión Europea y el artículo 13.2 de la Constitución Española y la necesidad de previa revisión constitucional por la vía prevista en el artículo 167 de la Norma Fundamental, como requisito necesario para proceder a ratificar el Proyecto del Tratado de la Unión Europea por el Estado Español, se procedió mediante la fórmula de Proposición de Ley, suscrita por los Portavoces de todos los Grupos Parlamentarios a la revisión del artículo 13.2 de la Constitución, mediante la inclusión de la fórmula "y pasivo", con lo cual la nueva redacción del apartado segundo del artículo 13, dice así: "Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales".

La nueva redacción de precepto constitucional marca un hito en la relativización de la dicotomía ciudadano -extranjero y permite al Estado Español ratificar el Tratado de la Unión Europea, que, vinculado a la creación de la ciudadanía de la Unión, extiende el derecho de sufragio pasivo en las elecciones locales a los nacionales comunitarios residentes en un Estado Miembro que no sea el suyo de origen, pero, además, abre una puerta, hasta ahora cerrada a la posible extensión en España, por la vía de reciprocidad, del Derecho de sufragio pasivo a extranjeros, que sean nacionales de Terceros Países, y que reconozcan este derecho a los españoles residentes en su territorio.

El proceso abierto por el Proyecto de Tratado de la Unión para la extensión a los ciudadanos de la Unión de los derechos de sufragio activo

¹⁴⁶ Fjo. Jco. 6 de la Declaración de 1 de julio de 1992, cit.

y pasivo en las elecciones locales en el Estado Miembro en el que residan en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, culminará con la ratificación de dicho Proyecto de Tratado y con la posterior regulación sobre las modalidades de su ejercicio, que habrá de adoptar el Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, previa consulta al Parlamento Europeo, modalidades que, además, "podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado Miembro". Previsión que permitirá excluir del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, los cargos públicos, que siendo de elección municipal, supongan, además el ejercicio de la soberanía nacional¹⁴⁷.

b) - El acceso a las funciones y cargos públicos.

El artículo 5.1 de la Ley de Extranjería precisa la prohibición a los extranjeros para "acceder al desempeño de cargos públicos o que impliquen ejercicio de autoridad", prohibición que matiza en su punto tercero al establecer: "Los extranjeros podrán acceder al desempeño de actividades docentes o de investigación, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes".

La Ley de Reforma Universitaria, de 25 de agosto de 1983, innova las categorías de profesorado universitario con las categorías de profesor asociado y profesor visitante¹⁴⁸, carentes de los condicionamientos

¹⁴⁷ Modalidades al ejercicio del Derecho de sufragio, que tendrán como norma base la Propuesta de Directiva de 22 de mayo de 1988, en cuya adecuación a lo dispuesto al art. 8B del Tratado de la Unión están trabajando en la actualidad los servicios jurídicos de la Comisión. Vid. Respuesta del Sr. BANGEMAN en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas a la Pregunta escrita nº 606/92 de la parlamentaria europea Sra. DURY (S) (DOCE 242 21.09.92, pp. 49-50).

¹⁴⁸ Art. 33.3 de la Ley 11/1983.

de los de funcionarios docentes, figuras objeto de desarrollo por el artículo 20 del Real Decreto 898/1985, de 30 de abril, sobre Régimen de Profesorado Universitario, en cuyo artículo 20.3 se prevé, de modo expreso, que los profesores asociados podrán ser de nacionalidad española o extranjera. Remite los requisitos de contratación a las previsiones que establezcan los Estatutos de cada Universidad, criterio que, por específica previsión del artículo 21 del mismo Real Decreto, es aplicable a los profesores visitantes, como línea orientadora de intercambios docentes e investigadores¹⁴⁹. Estos preceptos son receptivos a los programas europeos que tratan de vertebrar a la Comunidad Universitaria Europea con incentivos como los propiciados en el Programa Europeo Erasmus, y que se orientan a objetivos más lejanos que la simple previsión funcional contenida en la tradicional flexibilización del régimen de acceso a la función pública referido a la contratación de docentes para enseñanza de lenguas extranjeras.

Un dato importante a señalar es la limitación que el párrafo 1º del artículo 5 de la Ley de Extranjería establece para el desempeño de cargo público o que implique ejercicio de autoridad, en calidad de supuestos que impliquen a extranjeros, problemática que conecta con las aportaciones doctrinales en materia de relaciones administrativas entre particulares¹⁵⁰ y cuyo análisis nos permite observar situaciones en las que puede

¹⁴⁹ Al respecto, el tratamiento del régimen del profesorado universitario que realizó J.M. SOUVIRON MORENILLA, con específica atención al profesorado de nacionalidad extranjera no funcionario y objeto de contratación laboral, en La Universidad Española. Claves de su definición y régimen jurídico institucional, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1988, pp. 233-245.

¹⁵⁰ Al respecto las aportaciones de E. RIVERO YSERN: El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla. 1969; A. EMBID IRUJO: "El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado" en El Tribunal Constitucional, Dirección General de lo Contencioso del Estado, IEF,

ser discutido el acceso de extranjeros a funciones que, aunque no públicas, pueden suponer el ejercicio de autoridad¹⁵¹. En el Debate Parlamentario de este artículo 5 pudo apreciarse parte de esta problemática, como muestra una de las enmiendas presentadas, que solicitó la introducción en la redacción de este precepto, del tenor correspondiente al artículo 69 del Estatuto de los Trabajadores: "En las elecciones a delegados de personal y comités de empresa, los extranjeros podrán elegir y ser elegibles siempre que reúnan las mismas condiciones que la ley exige a los trabajadores españoles"¹⁵².

El rechazo de esta enmienda con fundamento en que el Proyecto de Ley no era un Código de Extranjería, sino una Ley Orgánica reguladora de los Derechos y Libertades de los extranjeros¹⁵³, no permite ignorar que en ella es objeto de concreción un supuesto en el que la condición de extranjero no es óbice para el desempeño de funciones representativas que, si no admiten ser tipificadas como públicas, si obligan a constatar la relevancia institucional en sus posibles actividades de representación y cuyos problemas derivados serán objeto de atención cuando realicemos el estudio del artículo 10 de la Ley de Extranjería, que desarrolla el

Madrid 1981, Vol 1, pp.901-927; GARCIA TORRES y JIMENEZ BLANCO: Derechos fundamentales y relaciones entre particulares, Madrid 1986.

¹⁵¹ Al respecto, la Comunicación relativa a la Libre Circulación de los trabajadores y acceso de los trabajadores a empleos en las Administración Pública de los Estados Miembros (Acción de la Comisión, en materia de aplicación del apartado 4º del artículo 48 del Tratado). DOCE. Serie C nº 72 18.03.88, comentada en el capítulo de esta trabajo dedicado a los ciudadanos comunitarios.

¹⁵² Enmienda del Grupo Parlamentario Popular, defendida por el diputado Sr. Duran Corsanego (BOC. Congreso. Comisión Constitucional de 10 de abril de 1985, nº 292, p. 9069).

¹⁵³ Diputado Sr. Planas Puchades (Grupo Parlamentario Socialista) (BOC. Congreso. Comisión Constitucional de 10 de abril de 1985, nº 292, p. 9070).

ejercicio del Derecho a la afiliación de los extranjeros a sindicatos u organizaciones profesionales españolas.

c) - Libertad de circulación y de residencia de los extranjeros.

La necesaria configuración legal del Derecho a la libre circulación y residencia, dada la exclusión que al disfrute de estos Derechos establece el artículo 19 de la Constitución y la remisión indirecta que los Tratados Internacionales, como posibles normas moduladoras, hacen a la ley interna, motiva la regulación que de este Derecho se contiene en el artículo 6 de la ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España. La nota más importante a destacar, vinculada a la exclusión del Derecho a entrar en España, contenida en el artículo 19 de la Constitución, es el establecimiento de un requisito imprescindible para que el extranjero pueda circular y residir libremente en territorio español: el encontrarse legalmente en España, para lo que será preciso, que cumpla los requisitos establecidos por la propia Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros, para la entrada legal en territorio nacional.

La exigencia de que el extranjero se encuentre legalmente en España es una ineludible precisión de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades al Derecho de Extranjería Español, y está justificado con amplitud en el Preámbulo de la propia Ley: "Es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de Derechos y Garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España y, al propio tiempo y en previsión de actuaciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en España, desa-

rolla las medidas específicas para impedir tales situaciones". La importancia que la Ley de Extranjería concede a la necesidad de estar en situación de legalidad para circular y residir en territorio español merecía, que su regulación estuviera contenida en el Título Preliminar, o encabezando el Título I de la Ley, en lugar de ser relegada en el articulado de la Ley, en coherencia con la condición de premisa que la Exposición de Motivos de la Ley otorga a la entrada legal en relación con la libertad de residencia: "Una configuración de la libertad de residencia, que no parta de la situación legal del extranjero, permitiría apoyar cualquier situación clandestina".

Al margen del requisito previo de entrada legal en territorio español, su permanencia, circulación y residencia están condicionadas y pueden ser limitadas, por lo que expresamente puedan establecer las leyes y, en especial, por razones de "Seguridad Pública", motivos que habilitan al Ministro del Interior para que adopte medidas cautelares, con carácter individual, si bien "solamente podrán consistir" en: "la exigencia de presentación periódica ante las autoridades competentes", "alejamiento de fronteras o núcleos de población especificados" o "señalamiento de residencia obligatoria en determinado lugar". La restricción de la libertad de circulación y residencia no se limita sin embargo a estas medidas, ya que incluso puede dar lugar a la expulsión del territorio nacional, en virtud del artículo 26. 1 e) de la ley de Extranjería, de aquellos extranjeros, con permiso de residencia, que incurran en "demora u ocultación dolosa o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior" los cambios de domicilio y las alteraciones de la situación laboral, prevista en el artículo 14 de la ley de Extranjería.

El precepto está orientado por el relieve que otorga a las

competencias del "Ministro del Interior", cuyas resoluciones sólo están supeditadas al control jurisdiccional a posteriori, conforme a la previsión del artículo 34 de la Ley, con efectos negativos, al especificar la Ley el ejercicio de las competencias del "Ministro del Interior" y, que al ser ésta una Ley Orgánica, no será posible que éste delegue competencias, a salvo de específica ley orgánica de delegación. En calidad de aspecto no carente de relieve, el artículo 29 de la Ley de Extranjería, dispone que las resoluciones del Ministro del Interior, en este caso se refieren a los tres supuestos concretos de medidas cautelares, se tendrán que tomar conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo, con audiencia del interesado y siempre con carácter individual, como señala el propio artículo 6 de la Ley de Extranjería¹⁵⁴.

d) -Derecho de Reunión.

El artículo 7 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, configura el Derecho de Reunión para los extranjeros, señalando en su primer inciso: "Los extranjeros podrán ejercitar el Derecho de reunión de conformidad con lo dispuesto en las normas que lo regulan, siempre que se hallen legalmente en territorio español". Con lo cual se les exigirá, como ratifica el artículo 70 del Real Decreto 1119/1986, encontrarse en España en situación de legalidad, es decir en periodo de estancia o de residencia legal¹⁵⁵. El problema se

¹⁵⁴ Aportación que fue introducida, como consecuencia de la enmienda presentada y defendida por el Diputado del Grupo Parlamentario Mixto Sr. Perez Royo (BOC. Congreso, de 20 de marzo de 1985, nº 132-1 y 2 .Enmienda nº 6).

¹⁵⁵ Antes de la publicación de la Ley de Extranjería, que reconoce expresamente el Derecho de Reunión para los extranjeros, el Tribunal Supremo, por Sentencia de 10 de diciembre de 1984, señaló que la participación de una extranjera en una manifestación no autorizada, pero pacífica y estrictamente académica, no encaja dentro del supuesto de

plantea con el Inciso segundo del artículo 7 que somete el ejercicio del Derecho de Reunión por parte de los extranjeros, cuando se trate de promover reuniones en local cerrado o en lugares de tránsito público a las siguientes condiciones:

- Ser residente legal en España, lo que supone volver a insistir sobre la situación de legalidad, pero, en este caso, con la exigencia de una condición, ser "residente legal", es decir estar en posesión de un permiso de residencia, que supone un control previo del extranjero por parte del Ministerio del Interior, con lo cual el número de extranjeros posibilitados para promover el Derecho de Reunión queda minimizado, dado que la mayoría de ellos se encuentran en situación de estancia.

- Conforme a la inicial redacción del precepto, desautorizada por el Tribunal Constitucional, "solicitar del órgano competente su autorización", órgano que "podrá prohibirlo si resultan lesivas para la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los españoles". Esta exigencia de autorización previa ha dado origen a fuertes críticas¹⁵⁶⁻, incluidas las

expulsión, "ya que el Derecho de Reunión está reconocido en el art. 21 de la Constitución y en los arts. 11, 20 y 21 del Convenio Europeo, de la Declaración Universal y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente, ratificados por España, sin que puede ignorarse que el art. 13 de la Constitución garantiza a los extranjeros el goce de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución en los términos que establezcan los tratados y la ley", señalando a continuación que el mero hecho de participar en una manifestación estudiantil, aunque no autorizada, pero pacífica no significa que se estén realizando actos graves contra el orden público que puedan justificar la medida de expulsión decretada. Sentencia de 10 de diciembre de 1984, Magistrado Ponente: Sr. MARTIN MARTIN (RAJ 1984, 6527)

¹⁵⁶ Críticas emitidas una vez publicada la Ley de Extranjería, sin embargo, durante el periodo de Debate ante las Cortes del Proyecto de Ley, esta problemática no fué objeto de la atención parlamentaria ni de la opinión pública; ya que la única Enmienda presentada sobre el tema, la del Diputado del Grupo Parlamentario Mixto Sr. Pérez Royo, fue desestimada por la Ponencia y no fue objeto de discusión en la Comisión (BOC. 20 de marzo de 1985, nº 132,1-2

del Defensor del Pueblo, y con referencia en cuya problemática presentó Recurso de Inconstitucionalidad¹⁵⁷, por considerar que el someter a autorización previa de la autoridad gubernativa, la celebración de reuniones públicas en local cerrado o en lugar de tránsito público, así como en las manifestaciones promovidas por extranjeros, vulnera el artículo 21 de la Constitución, en conexión con el artículo 16 de la misma, así como los artículos 9,11 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y los artículos 2, 3, 18 y 21 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, ya que el artículo 7 de la Ley de Extranjería regula un Derecho de Reunión radicalmente distinto al artículo 21 de la Constitución. Referencias que hicieron estimar al Defensor del Pueblo: "Esta diferencia esencial de trato carece de cobertura constitucional, primero, porque, como se deduce de la propia elaboración parlamentaria del art.21 de la Constitución, el constituyente quiso extender la titularidad del Derecho de Reunión a los extranjeros; y en segundo lugar, porque el Derecho de Reunión es un Derecho de libertad civil, un Derecho inviolable del hombre y su ejercicio no puede quedar limitado a los que posean unos vínculos políticos con el Estado, sino a toda persona, sin que pueda admitirse justificación constitucional de la radical diferencia de trato que el art. 7 de la Ley 7/1985, establece".

El Defensor del Pueblo señaló también, que las restricciones al ejercicio del Derecho de Reunión establecidas en el artículo 7 anulan el contenido esencial de este Derecho, puesto que el sistema de autorización (Enmienda nº 6).

¹⁵⁷ Recurso de Inconstitucionalidad 880/1985 presentado por el Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional el 3 de octubre de 1985, resuelto por STC 115/1987, de 7 de julio. Cit.

previo en realidad significa la negación del Derecho mismo, no siendo una mera restricción o limitación, ya que la única forma de limitar el ejercicio de las Libertades Públicas en un Estado de Derecho "es a través de una actuación represiva a posteriori de los poderes públicos en caso de extralimitación ilegítima". Mientras que el sistema de autorización previa, en realidad supone, según la alegación del Defensor del Pueblo en su Recurso, excluir a los extranjeros del reconocimiento del Derecho de Reunión concebido como libertad pública propia de un Estado de Derecho, pues además afecta al "Derecho de libertad ideológica recogido en el artículo 16 de la Constitución, que presenta una dimensión no sólo individual sino también colectiva"¹⁵⁸.

El Tribunal Constitucional¹⁵⁹ declaró la inconstitucionalidad del límite establecido en el artículo 7 de la Ley de Extranjería. Para ello, determinó, en primer lugar, el ámbito formal del Recurso en lo que al artículo 7 se refiere, es decir, que el Defensor del Pueblo solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de dicho artículo, sólo en la medida en que el inciso segundo del artículo 7 exigía, en todo caso, la autorización previa de la autoridad gubernativa para promover reuniones o manifestaciones por parte de extranjeros residentes legales.

¹⁵⁸ El Letrado del Estado en su Informe, se oponía al recurso presentado por el Defensor del Pueblo, aduciendo alegaciones generales y particulares. Con carácter general alegaba que el artículo 13 de la Constitución permitía que el disfrute de los Derechos y Libertades por parte de los extranjeros pueda ser modificado por los tratados y la ley, y que, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional unos Derechos corresponden a todos, otros sólo a los nacionales y otros corresponden a los extranjeros dependiendo lo que establezcan los tratados y la ley. Con carácter particular señala que el Derecho de Reunión no es un Derecho inherente a la dignidad e la persona humana, sino un Derecho que el Letrado del Estado estima de naturaleza muy próxima a los Derechos Políticos, naturaleza que permite que la configuración del Derecho de Reunión sea distinta para los extranjeros siempre que se respete el "standard mínimo".

¹⁵⁹ STC 115/1987, de 7 de julio. Cit. Fto.Jco. 2

El Tribunal Constitucional inicia su razonamiento señalando que efectivamente el artículo 21 de la Constitución afirma genéricamente "Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas", sin hacer ningún tipo de referencia a la nacionalidad, como en otros preceptos constitucionales que especifican claramente "los españoles" y a diferencia también de otros países que reserva este Derecho a sus ciudadanos.

Una vez establecida esta premisa, el Tribunal considera "que el problema que se plantea no es si es posible aquí esta diferencia de trato en el ejercicio del Derecho entre los extranjeros y los españoles, sino si el legislador ha respetado el contenido preceptivo e imperativo que establece el artículo 21 de la Constitución, también para los extranjeros".

A esta pregunta el propio Tribunal se responde señalando que "la necesidad de una autorización administrativa previa, referida al ejercicio del Derecho de Reunión, no es requisito puramente rituario o procedimental, sobre todo porque nuestra Constitución ha optado por un sistema de reconocimiento pleno del Derecho de Reunión, sin necesidad de autorización previa". Ya que el ejercicio del Derecho de Reunión sin necesidad de autorización previa es precisamente la característica fundamental que lo reconoce como tal y que le concede su carácter particular, por lo que imponer una autorización previa supone en realidad desnaturalizar el Derecho de Reunión consagrado en la Constitución «sin supeditarle a la valoración discrecional y al acto habilitante y de poder implícito de la Administración» (Sentencia 32/1982, de 16 de junio). Señalando a continuación: "cuando este acto habilitante es preciso en todo caso, se condiciona hasta tal punto las facultades que lo integran, que el pretendido Derecho, muda de naturaleza y no puede ser reconocido como tal". Por ello estima que las restricciones al Derecho de Reunión que se establecen en el inciso final del artículo 7 "no pueden justificar la introducción como paso previo al ejercicio del Derecho de Reunión, de una autorización pre-

ceptiva previa". Por todo lo cual, estima que efectivamente el inciso "y solicitar del órgano competente su autorización" se debía declarar inconstitucional y por lo tanto nulo.

La declaración de la inconstitucionalidad de autorización previa para promover reuniones o manifestaciones, no supone a nuestro entender, como ya hemos señalado, que el Tribunal abandone su doctrina sobre la configuración legal de los Derechos y Libertades de los extranjeros, sino la aplicación de su propia doctrina sobre la necesaria diferenciación entre el contenido esencial de los Derechos y su halo no esencial, pues si bien los extranjeros podrán ejercer el Derecho de Reunión prácticamente en las mismas condiciones que los nacionales, estarán sometidos en su ejercicio a una serie de limitaciones, unas de carácter general, derivadas del artículo 21 de la Constitución y de la ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión de 15 de julio de 1983¹⁶⁰, y otras por su condición de extranjero, y que limitan el ejercicio de este Derecho a los extranjeros "que se encuentre legalmente en el territorio español", y que, en los supuestos en los extranjeros promuevan reuniones en local cerrado o vía pública, así como manifestaciones, queda condicionado a los siguientes requisitos: 1) que el extranjero sea residente legal, exigencia con la que las autoridades pretenden tener unas mínimas garantías, por otra parte comprensibles, de que la persona extranjera se responsabiliza del ejercicio del Derecho de Reunión, ya que para ser residente legal, es preciso tener un permiso de residencia, concedido por la autoridades del Ministerio del Interior o bien ser un nacional comunitario en posesión de la correspondiente tarjeta de residencia, concedida asimismo por las autoridades dependientes del

¹⁶⁰ Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio (BOE de 18 de julio de 1983).

Ministerio del Interior, y 2) a que las reuniones celebradas en lugar cerrado, tránsito público o manifestaciones no lesionen "la seguridad o intereses nacionales", "la salud o la moral públicas" y "los derechos y libertades de los españoles", como situaciones añadidas a las causas de suspensión, disolución o prohibición de estos actos, controles que se estiman son suficientes para evitar que los extranjeros puedan causar grave perjuicio con el ejercicio del Derecho de Reunión.

La doctrina que incorpora la Sentencia del Tribunal Constitucional en lo que se refiere al Derecho de Reunión (y de Asociación), obliga a incorporar el matiz de no estar avalada por la unanimidad, ya que tres Magistrados manifestaron mediante voto particular su voluntad de disentir del Pleno¹⁶¹. Basan su posición "en un diverso entendimiento del sistema de Derecho Fundamentales establecidos en nuestra Constitución, en la que el artículo 13.1 desempeña una función esencial que, en nuestra opinión, es ignorada en el razonamiento adoptado por la mayoría". Estiman, los Magistrados disidentes, que la utilización de la locución "Libertades Públicas" en el artículo 13.1, excluyendo "Derechos Fundamentales", implica, "en primer lugar, que también los extranjeros gozan de los Derechos enunciados en términos genéricos por la propia Constitución y que son inherentes a la dignidad humana" pero significa también y en segundo lugar, "que el legislador español está obligado a otorgar a los extranjeros que viven legalmente en España el uso de la Libertades Públicas que garantiza el Título I, pero también sin duda, que esas Libertades no tiene otro contenido que aquel que establecen los tratados y la ley".

Estiman los Magistrados disidentes, que si bien el Derecho de Reunión (y Asociación) no pueden ser suprimidos a los extranjeros por el legislador, en cuyo caso actuarían en contra del mandato constitucional,

¹⁶¹ Votos particulares formulado por los Magistrados Srs: RUBIO LLORENTE, GARCIA MON y TOMAS Y VALIENTE a la Sentencia 115/1987, de 7 de julio. Cit.

ello "no impide que el legislador pueda configurarlos del modo que juzgue más adecuado, excluyendo de su disfrute a conjuntos determinados genéricamente o reduciendo su contenido a sólo una fracción del que esa misma libertad tiene cuando se predica de los españoles".

Opinan finalmente, que a pesar de las restricciones que el artículo 7 de la ley de Extranjería imponía, muy pocos países han concedido a los ciudadanos extranjeros tan amplias cotas de Libertades Públicas como España, señalando además, que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 en sus artículos 21 y 22 como el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en su artículo 1, autorizan al legislador nacional a sujetar el uso de esas Libertades "a restricciones que sean necesarias en una Sociedad Democrática, en interés de la Seguridad Nacional, de la Seguridad Pública o del Orden Público, o para proteger la Salud o Moral Pública o los Derechos y Libertades de los demás" finalidades a las que el Convenio de Roma añade la prevención del delito.

Por ello consideran que un somero examen de los Artículo 7 y 8 que los demás miembros el Tribunal consideran Inconstitucionales, basta para "evidenciar que las restricciones que se imponen a los extranjeros para el disfrute de esta Libertades encajan en los Tratados Internacionales" y que por lo tanto, "el legislador español no ha transpasado ni de lejos los únicos límites que indirectamente la Constitución impuso a su libertad de configuración".

En lo que se refiere al Derecho Comparado, en el ámbito del Consejo de Europa, el Derecho de Reunión para los extranjeros es una de la Libertades Públicas que divide a los Estados que forman parte del Consejo. Así, Estados miembros como Alemania, Austria, Bélgica, Luxemburgo, Italia, Irlanda, Suiza y Turquía no reconocen es sus

Constituciones el Derecho de Reunión, ni tampoco el Derecho de Asociación a los extranjeros residentes en su territorio nacional, en contraste Estados como Holanda, Liechtenstein, Islandia, Dinamarca, Chipre, Francia, Reino Unido, Suecia, Noruega, Portugal y Grecia que reconocen en sus Constituciones estas Libertades Públicas para todos como derechos personales y, no sólo para sus ciudadanos¹⁶² posición con la que se homologa la doctrina del Tribunal Constitucional español.

e) - El Derecho de Asociación.

El ejercicio del Derecho de Asociación por parte de los extranjeros es objeto de regulación específica en el artículo 8 de la Ley de Extranjería, y que referenciado en el artículo 22 de la Constitución, se limitan a precisar que "se reconoce", dando por existente el Derecho de Asociación sin vincularlo a la condición de "españoles" o "ciudadanos". La Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros se limita a remitir en su artículo 8 "a las leyes que lo regulen"¹⁶³, aunque con una limitación, el Derecho de Asociación sólo podrá ser ejercido por extranjeros con "residencia legal" en España, exigencia que es demandada por la estabilidad que hay que presuponer en toda persona jurídica y que no lo poseen los extranjeros en situación de simple estancia.

¹⁶² E. ÖZSUNAY: "La participation de l'étranger a la vie politique et associative de la Cité" en Colloque sur « les Droits de l'Homme des étrangers en Europe », cit., pp. 196-107.

¹⁶³ No siendo preciso el requisito de autorización gubernativa previa para la creación de una asociación promovida o formada mayoritariamente por extranjeros. En Francia este requisito de autorización previa ha estado vigente desde el Decreto-Ley de 12 de abril 1939, que lo impuso por razones políticas, hasta la Ley de 29 de octubre de 1981 y el Decreto -Ley 82-441, de 26 de mayo. Vid. Ch. AUBERTIN: "Les associations en Droit International Privé français", en «JDIP». 1983, pp. 543-575.

El ejercicio de este Derecho está condicionado por la exigencia de evitar circunstancias que: "atenten gravemente contra la seguridad o intereses nacionales, el orden público, la salud pública o la moral pública y los derechos y libertades de los españoles".

Cuando concurren estos supuestos son aplicables las previsiones especificadas en los párrafos segundo y tercero del artículo 8, que regulan el procedimiento administrativo y judicial para lograr la suspensión y la disolución de la correspondiente asociación.

El párrafo segundo del artículo 8 establecía el procedimiento a seguir para suspender una asociación promovida o integrada mayoritariamente por extranjeros, decisión que debía de ser adoptada por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Interior y previo informe del Ministro de Asuntos Exteriores, por un periodo de seis meses. Limitación paralela a la contenida en el artículo 18.3 de la Ley de Asilo y condición del refugiado de 26 de marzo de 1984, que faculta al Ministro del Interior para suspender "mediante resolución motivada" y "previo apercibimiento", "las asociaciones compuestas total o parcialmente de asilados, que excedan del ejercicio del derecho de libre expresión reconocido en la Constitución", resolución, que "podrá ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ajustándose, en cuanto a su interposición y procedimiento, a lo previsto en las normas que regulan la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas"

La medida de suspensión administrativa de asociaciones promovidas o integradas mayoritariamente por extranjeros fue objeto del referido Recurso de Inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo¹⁶⁴, resultando bastante chocante, sin embargo, que una medida

¹⁶⁴ Recurso de inconstitucionalidad 880/1985, cit.

muy similar establecida para una categoría especial de extranjeros como son los asilados, haya pasado despercebida. El Recurso presentado por el Defensor del Pueblo, basaba la inconstitucionalidad del precepto en que dicha suspensión administrativa vulneraba el artículo 22.4 y 14 en relación con el artículo 13.1 de la Constitución, ya que el artículo 22 no distingue entre españoles y extranjeros a la hora de regular el Derecho de Asociación, al considerarse como un Derecho subjetivo predicable también para los extranjeros.

El Defensor de Pueblo, argumentó que la remisión que el artículo 13.1 de la Constitución hace a los tratados y la ley "no puede suponer la desnaturalización del Derecho Fundamental de Asociación, reconocido también a los extranjeros". Alegó, que las únicas restricciones posibles al ejercicio del Derecho de Asociación, en aras de la protección de otros intereses o bienes jurídicos, son las contenidas en el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos "según el cual el ejercicio de tal derecho no podrá ser objeto que aquellas que, previstas en la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de los derechos y libertades ajenos". Por ello, el Defensor del Pueblo estimaba que "ni el artículo 22 de la Constitución, ni los tratados internacionales permiten otras restricciones que las expuestas, sin que autorice una alteración «in peius» o disminución del régimen de garantías jurídico-constitucionales establecidas para su ejercicio, en este caso concreto, la garantía de la atribución con carácter exclusivo al Poder Judicial de la suspensión de las asociaciones legalmente constituidas". Señalaba, como cierre de su exposición argumental, que el Derecho de Asociación tiene una vertiente colectiva, y en relación con ella la protección jurídica del extranjero no se extiende solo a la persona física sino también a las per-

sonas jurídicas en que se constituyen, dado, además, que las asociaciones cuando se encuentran domiciliadas en España, según el artículo 22 del Código Civil, son españolas. Por ello, estima, que el artículo 8.2 de la ley de Extranjería se podría referir exclusivamente a las asociaciones domiciliadas en el extranjero, mientras que a las asociaciones formadas por extranjeros domiciliadas en España se les deberá aplicar el régimen integral previsto en el artículo 22 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional¹⁶⁵, declara que efectivamente el artículo 22 de la Constitución reconoce el Derecho de Asociación para los extranjeros, como se pone de manifiesto en el propio artículo 8 de la Ley de Extranjería, que determina la aplicación de las normas generales aplicables a los extranjeros, siendo la única especialidad la introducción de un procedimiento administrativo de suspensión.

Estima que el punto de partida para declarar o no la inconstitucionalidad de este artículo 8.2 es comprobar si el legislador con esta medida de suspensión administrativa ha respetado o no el contenido del artículo 22 de la Constitución. Para ello señala en primer lugar, los problemas y vicisitudes del ejercicio del Derecho de Asociación en general, Derecho que en anteriores épocas fue visto con un gran recelo, consecuencia del cual el Derecho de Asociación cuando ha sido admitido, ha sido objeto de un fuerte intervencionismo estatal, sobre todo en lo que se refiere a la suspensión y disolución de asociaciones. Considera, que la prohibición de suspensión y disolución administrativa de asociaciones "no parece tanto, o no parece tan sólo, como norma atributiva de competencia (que resuelva la opción entre la Administración y los Tribunales), sino como una norma de actuación que garantiza que sólo la ley puede legitimar la intervención en este área de libertad ciudadana". Por ello, que la decisión de suspen-

¹⁶⁵ Fto. Jco. 3. de la STC 115/1987, de 7 de julio, cit.

sión o disolución la adopte un Tribunal, desde el momento inicial, supone una garantía adicional muy importante "porque la vía judicial es la más adecuada para interpretar y aplicar restricciones de Derechos fundamentales". Es a estas razones, señala el Tribunal, a las que responde el artículo 22 de la Constitución, cuando establece la intervención judicial para proceder a la suspensión o disolución de las asociaciones, "se establece así una garantía del Derecho de Asociación no prevista en tales términos en los Tratados Internacionales suscritos por España en la materia. Este mandato del artículo 22.4 constituye en puridad un contenido preceptivo del Derecho de Asociación que se impone al legislador en el momento de regular su ejercicio".

Todo ello lleva al Tribunal a señalar, que el problema que se plantea es saber si el artículo 13.1 de la Constitución habilita o no al legislador para introducir la suspensión administrativa para asociaciones formadas mayoritariamente por extranjeros, como una excepción al artículo 22.4 de la propia Norma fundamental. A esta pregunta el propio Tribunal responde: "El artículo 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de Derechos Fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del Derecho, cuando este ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato del artículo 22.4 de la Constitución. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjero, y otra entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales".

Con esta doctrina, el Tribunal Constitucional precisa su postura al

respecto, al considerar que si bien es posible, dada la configuración legal de Derechos y Libertades de los extranjeros, que el legislador imponga restricciones al ejercicio del Derecho de Asociación, como efectivamente lo hace al exigir que el extranjero se encuentre en situación legal, estas restricciones no pueden afectar al contenido esencial del Derecho, es decir, a la garantía establecida en el artículo 22.4 de la Constitución, que somete a previa resolución judicial motivada, la suspensión de las asociaciones¹⁶⁶.

De modo similar a la doctrina establecida en relación con el Derecho de Reunión, no todos los miembros del Tribunal estuvieron de acuerdo con la declaración de inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 8, y los mismos Magistrados disidentes emitieron su voto particular en contra, alegando, además de las mismas causas expuestas en el supuesto del Derecho de Reunión, la circunstancia de que "la posible suspensión gubernativa (acordada por el Consejo de Ministros por causa y tiempo taxados) de una asociación mayoritariamente integrada por extranjeros hubiera quedado sometida a control judicial (incluyendo la posible suspensión judicial de la suspensión gubernativa), toda vez que el Tribunal declara Inconstitucional y nulo el inciso final del artículo 34 de esta Ley, declaración en la que coincidimos con el resto del Pleno".

En lo que se refiere al párrafo tercero del artículo 8, establece que las asociaciones integradas mayoritariamente por extranjeros deberán

¹⁶⁶ Ratificando así, la posición de un amplio sector doctrinal que considera, que solo se ha de estar a los contenidos de los Acuerdos Internacionales cuando éstos amplíen el contenido y protección de los Derechos y Libertades en relación a la Constitución, no cuando los restrinjan. Ya que es en la propia Constitución donde han de localizarse los posibles y únicos límites que excepcionan y rompan la regla general de libre ejercicio de un Derecho. Vid. G. FERNANDEZ FARRERES: Asociaciones y Constitución, Madrid 1987, pp. 41-45 y LINDE PANIAGUA: Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos (dir. E. GARCIA DE ENTERRIA), Madrid 1983, p. 181.

ser disueltas por la autoridad judicial, por el trámite de Juicio ordinario de menor cuantía, pudiendo acordar el Juez, si lo estima necesario, la suspensión cautelar de la asociación¹⁶⁷.

En este sentido, y sobre todo desde la declaración de inconstitucionalidad de la suspensión administrativa de la asociaciones integradas por extranjeros, la regulación del Derecho de Asociación es coherente con la Exposición de Motivos de la Ley , que señala la intención de fortalecer la seguridad jurídica y de conseguir la judicialización de las decisiones que afecten al ejercicio de Derecho por los extranjeros.

f) - Derecho a la Educación, a la Libertad de Enseñanza y a la creación de Centros docentes.

El artículo 9 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, limita y modula el ejercicio de los Derechos a la Educación, Libertad de Enseñanza y creación y dirección de Centros docentes recogido en el artículo 27 de la Constitución, al reconocer a los extranjeros "que se hallen legalmente en territorio nacional" el Derecho a la Educación, a la Libertad de Enseñanza¹⁶⁸, imponiendo con ello, el

¹⁶⁷ En este sentido el Grupo Parlamentario Popular propuso una enmienda, por la que se le concedieron al juez los poderes necesarios para que, como medida cautelar, y en caso de necesidad, ampliase la suspensión hasta que la Sentencia fuera firme, esta enmienda fue retirada, pues el Grupo Socialista propuso una enmienda transaccional, en la misma línea, que fue aceptada (BOC. Congreso de 10 de abril de 1985. nº 292, p. 9069).

¹⁶⁸ Es preciso señalar, sin embargo, que la redacción de precepto no es excesivamente clara, pues al establecer que "se reconoce a los extranjeros que se hallen legalmente en territorio nacional el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, así como el derecho a la creación y dirección de centros docentes, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes y atendiendo al principio de reciprocidad", parece estar vinculando el Derecho a la educación y a la libre enseñanza al principio de reciprocidad, situación totalmente inadmisibles, dado que los Instrumentos internacionales suscritos por España, garantizan este

requisito de estancia legal en España para el ejercicio y disfrute de estos Derechos, que la Constitución en su artículo 27 reconoce a "todos".

Limitación al ejercicio del Derecho a la Educación perfectamente acorde con el Preámbulo de la ley de Extranjería "que asegura la plenitud de los derechos y de las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España", pero que supone la imposibilidad de acceso al sistema educativo de los menores dependientes de extranjeros en situación de ilegalidad, en contradicción con el contenido del artículo 13 del Pacto Internacional del Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966: "Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el Derecho de toda persona a la educación..." y del artículo 2º, del Protocolo Primero a la Convención Europea de Derechos Humanos¹⁶⁹: "A nadie se le puede negar el Derecho a la instrucción.", que reconocen el Derecho a la Educación a todos, y que relativiza la exigencia de residencia legal.

De modo complementario, el Derecho a la Educación por parte de los extranjeros es incorporado a nuestra legislación por la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación de 3 de julio de 1985¹⁷⁰, coetanea a la Ley de Extranjería.

derecho desvinculado totalmente de cualquier noción de reciprocidad. Redacción que lleva a E. SEGARRA I TRIAS: Los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas de los extranjeros en España, cit., p. 138, a considerar que resulta curioso que este precepto no fuese abordado por el Defensor del Pueblo en su recurso de inconstitucionalidad presentado contra determinados preceptos de la Ley de Extranjería y resuelto en la muchas veces citada STC 115/1987.

¹⁶⁹ Protocolo Primero a la Convención Europea de Derechos Humanos ratificado por España el 27 de noviembre de 1990.

¹⁷⁰ Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación. Derechos que también estaba reconocidos a los extranjeros en la anterior Ley reguladora del Derecho a la Educación de 19 de junio de 1980.

El artículo 1.3 de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (LODE) recoge el Derecho de los extranjeros "residentes" a la Educación Básica¹⁷¹ gratuita, así como al acceso a la educación a niveles superiores, en función de sus aptitudes y vocación, "sin que esté sujeto a discriminaciones debidas a la capacidad económica, nivel social o lugar de residencia"¹⁷².

En lo que se refiere al reconocimiento del Derecho a la Educación en el seno del Consejo de Europa, en base al artículo 2 del Primer Protocolo a la Convención Europea de Derechos del Hombre de 4 de noviembre de 1950, la situación de los extranjeros en los Estados miembros del Consejo de Europa es bastante satisfactorio, ya que todos los Estados reconocen este Derecho a toda persona, sin distinción de nacionalidad. En efecto, la igualdad entre extranjeros y nacionales es completa en lo que se refiere a los derechos de los alumnos en el nivel escolar y de los estudiantes en el nivel universitario¹⁷³. Es preciso señalar que la educación de los hijos de los trabajadores emigrantes, es probablemente uno de los problemas mas importantes que tienen los Estados europeos receptores de mano de obra durante las décadas de mil novecientos cincuenta y mil novecientos sesenta. En la mayoría de estos países, el

¹⁷¹ Que conforme al art. 5 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, está integrada por la Educación Primaria y la Educación Secundaria Obligatoria, pudiendo permanecer en los centros ordinarios, conforme establece el art. 6 de la misma Ley Orgánica, hasta los dieciocho años.

¹⁷² Educación como vía de integración y de retorno, con cualificación de los emigrantes, a sus países de origen, es considerado como punto esencial por el Comité Económico Social, en el punto 6 de su Dictamen sobre Política de Inmigración. Vid. DOCE C 40, 17.02. 92.

¹⁷³ Cfr. E. ÖZSUNAY: "La participation de l'étranger a la vie politique et associative de la Cité". Colloque sur « les Droits de l'Homme des étrangers en Europe », cit., pp. 229-230.

acceso a la educación gratuita es el instrumento de integración en la vida social y colectiva del Estado de acogida, aunque es preciso señalar, que, en muchas ocasiones, los intentos de integración han derivado hacia la creación de problemas en la llamada "segunda generación", al presentar los jóvenes problemas de identidad y de conflicto de valores que dan origen a posteriores conductas antisociales, base a su vez para las demandas antimigrantes por parte de sectores xenófobos.

Problemática diferente suscita el Derecho a la creación y dirección de centros docentes por extranjeros, el contenido del artículo 9 es condescendiente con los sectores empresariales que operan en el sector docente, e introduce el "principio de reciprocidad" en una materia en la que realmente no cuentan los Estados, sino el componente ideológico confesional¹⁷⁴, como es la dirección y creación de Centros docentes, modulando con ello, el ejercicio de estos Derechos que la Constitución en su artículo 27.6, "reconoce" a las personas físicas y jurídicas.

De modo complementario, la creación y dirección de centros docentes es regulado por Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación de 3 de julio de 1985. Esta Ley regula, aunque no de modo claro, dos situaciones distintas: por un lado, la presencia de Centros docentes extranjeros que imparten enseñanzas conforme al sistema educativo vigente en otros países, al autorizar al Gobierno, el artículo 12.2 de la Ley, para adaptar las disposiciones de la Ley a las peculiaridades de los Centros de carácter singular acogidos a Convenios entre el Ministerio de Educación y Ciencia y otros Ministerios, o cuyo carácter específico esté reconocido por Acuerdos Internacionales de carácter bilateral, situación justificada en la condición de Servicio Público de la Educación¹⁷⁵; por

¹⁷⁴ En referencia a la posición especial de la Iglesia Católica en el sistema educativo, vid. A. EMBID IRUJO: Las libertades en la enseñanza. Madrid 1983, pp. 194-205.

¹⁷⁵ Adaptación de la enseñanzas impartidas por centro extranjeros en España llevada a

otro, la posibilidad de que personas físicas y jurídicas extranjeras puedan crear y dirigir en España centros docentes de carácter privado, posibilidad que el art. 21 de la misma Ley extiende exclusivamente a los nacionales españoles¹⁷⁶. Limitación, que supone una contradicción evidente que, sin embargo, estimo queda modulada por el contenido del Artículo 9 de la Ley de Extranjería, que regula y configura los Derechos de los Extranjeros, y que reconoce este Derecho a la creación y dirección de centros docentes a los extranjeros, en situación legal, que podrán ejercerlo, en condiciones de reciprocidad, sujetos al regimen de autorización administrativa, común a todos los centros docentes privados, contenido en los artículos 21 a 26 de la LODE, parcialmente modificados, por la Disposición Adicional Sexta de Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo de 1990, como consecuencia de la inclusión en el Sistema General de Enseñanza de la Educación Infantil, y que preve la inclusión en el sistema de autorización previa de dicha etapa educativa.

La nacionalidad española no es, sin embargo, requisito exigido por la Ley Orgánica de Reforma Universitaria de 1983, en cuyo Título VIII, artículo 57-59, no se condiciona la titularidad ni la dirección, circunstancia por Orden de 19 de mayo de 1988, de reconocimiento de estudios realizados en centros docentes extranjeros situados en España y la expedición de títulos de Graduado Escolar y Bachillerato (BOE 25 de mayo) y Resolución de 16 de mayo de 1989, sobre Instrucciones para la aplicación de la O. de 19 de mayo de 1988 (BOE 20 de mayo).

¹⁷⁶ Situación que lleva a R. FERRER PEÑA, a considerar que el artículo 21.1 de la LODE debería ser declarado inconstitucional, pues, en su opinión, conculca el art. 27.6 de la Constitución, que reconoce este Derecho a todos, para ello, se basa en su tesis, ya aludida, de que tras la declaración de inconstitucionalidad del las medidas restrictivas al ejercicio del Derecho de Reunión y Asociación, los Derechos de los extranjeros, no son ya unos Derechos de configuración legal, y por lo tanto, su ejercicio no puede ser modulado por el Legislador. Vid. su libro: Los Derechos de los extranjeros en España. cit. p. 80.

cias que menoscaba la calificación como Servicio Público que exige el artículo 1º de la misma Ley¹⁷⁷, factor diferencial que justifica calificar como restrictiva la exigencia de nacionalidad para crear y dirigir Centros docentes de enseñanza básica y media, en conflicto con procesos de integración supranacionales y de demanda social de calidad de enseñanzas muy sensible a experiencias docentes extranjeras.

g) - Derecho de afiliación a Sindicatos y Organizaciones Profesionales y el Derecho a la huelga.

La relación de Derechos y Libertades regulada en la Ley de Extranjería se cierra con el reconocimiento, en su artículo 10, a "los trabajadores extranjeros" del Derecho a afiliarse libremente a los sindicatos u organizaciones profesionales de su elección y a ejercitar el Derecho de huelga en las mismas condiciones que los trabajadores españoles y, de conformidad con lo dispuesto en las respectivas leyes reguladoras. La conexión de este precepto con el artículo 28 de la Constitución es clara, con la salvedad de que éste los reconoce a "todos" y el artículo 10 de la ley de Extranjería modula el ejercicio de estos Derechos por los trabajadores extranjeros, ya que los reconoce, exclusivamente, a los trabajadores que se encuentren en situación legal en España, es decir, los trabajadores extranjeros que ajustan su situación a lo establecido legal y reglamentariamente.

El requisito de legalidad no permite olvidar a los grupos de

¹⁷⁷ Conforme a la posición de J.M. SOUVIRON MORENILLA, no hay en términos jurídicos estrictos auténtico servicio público, sino, de un lado, reserva legal para la institucionalización de la Universidad y, de otro, reserva estatal por la validación oficial de los títulos que la Universidad -sea pública o privada- expide. Vid. su obra: La Universidad Española. Claves de su definición y régimen jurídico institucional, cit. pp. 179-201.

trabajadores clandestinos que, precisamente, por estar en condiciones de ilegalidad, se encuentran en situaciones laborales marginales en conflicto con las exigencias que demanda la dignidad de las personas, pero que, dada su situación de clandestinidad en España, no admite fácil defensa, afectando también esta situación a profesionales que por razones de obstáculos a la homologación de títulos académicos, propiciados en virtud de concepciones e intereses de carácter corporativos, están condicionados en su ejercicio profesional.

La remisión, que el artículo 10 de la Ley de Extranjería hace a las leyes reguladoras de los correspondientes Derechos, nos obliga a acudir a la legislación interna. La Ley Orgánica de Libertad Sindical, de 2 de agosto de 1985¹⁷⁸, no incluye ningún precepto por el que los trabajadores extranjeros, en situación de legalidad, no puedan disfrutar de igualdad de condiciones, respecto de los trabajadores españoles que formen parte del mismo sindicato, no sólo para elegir libremente los cargos sindicales, sino incluso para ocupar cargos electivos dentro del mismo¹⁷⁹, esta última faceta presenta un problema añadido, ya que el acceso a puestos de dirección sindical, puede llevar aparejado la participación en la

¹⁷⁸ Ley Orgánica 11/85, de 2 de agosto (BOE 8 de agosto).

¹⁷⁹ Opinión mantenida por M. RAMOS QUINTANA: El trabajo de los extranjeros en España, cit. p. 168, siguiendo a A. OJEDA AVILES: Derecho sindical, 3ª ed., Madrid 1986, pp. 129, quien afirma, que incluso pueden llegar a ocupar el cargo de secretario general del sindicato, en contra de esta opinión J. GARCIA ABELLAN: Curso de Derecho sindical, 2ª ed. revisada y puesta al día, Universidad de Murcia, 1986, 164-165. Situación expresamente reconocida por la normativa comunitaria, para los trabajadores comunitarios en el art. 1.1 del Reglamento 312/76, de 9 de febrero de 1976, que modifica las disposiciones relativas a los derechos sindicales de los trabajadores comunitarios contenidas en el Reglamento 1612/1968, de 15 de octubre, al establecer el derecho de los trabajadores comunitarios ocupados en el territorio de Estado Miembro distinto del suyo propio al "acceso a los puestos de administración o de dirección de una organización sindical"

gestión de organismos de Derecho Público o al ejercicio de una función de Derecho Público, lo que supondría el acceso por la vía indirecta a cargos públicos, situación que se produciría cuando a través de la participación institucional ante Administraciones Públicas atribuido a los sindicatos más representativos, la militancia sindical del trabajador extranjero pudiera implicar el acceso a determinados puestos públicos. Esta problemática se reproduce en el caso de la afiliación de extranjeros a "organizaciones profesionales de su elección", dado el carácter electivo de sus órganos rectores y que muchas de estas entidades tiene el carácter de entidades públicas que coadyuvan con la Administración en el desarrollo de sus funciones, y que plantea la cuestión de si la prohibición constitucional, ratificada por el artículo 5 de la Ley de de Extranjería, respecto de los extranjeros a participar en elecciones y ostentar cargos públicos es, en estos supuestos, aplicable del mismo modo que lo sería para las Asambleas legislativas y Entidades territoriales¹⁸⁰. Ante esta problemática, es preciso señalar que en el ámbito comunitario está estrictamente prohibido la posibilidad de acceso a cargos públicos a través de organizaciones representativas de intereses en otro Estado Miembro distinto del de la propia nacionalidad¹⁸¹, situación que ha de entenderse modulada por la configuración de la ciudadanía europea por el Proyecto de Tratado de la Unión.

¹⁸⁰ Al respecto, Vid. J. M. SOUVIRON MORENILLA: Notas para una Ley de Extranjería, cit. p. 36.

¹⁸¹ Posibilidad que es explícitamente prohibida por la normativa comunitaria para los trabajadores comunitarios Vid. J. CRUZ VILLALÓN: "La libre circulación de trabajos comunitarios en España durante el periodo transitorio" en V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, celebradas en Sevilla el 15 y 16 de diciembre de 1986: Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea, p. 453.

En lo que se refiere a la representación unitaria en la empresa, la reforma del Estatuto de los Trabajadores, por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, introduce una nueva redacción al artículo 69.1, inciso final, en virtud de la cual, los trabajadores extranjeros quedan sujetos al régimen electoral sindical común, al quedar suprimida la cláusula de reciprocidad hasta entonces vigente, régimen común, que permitirá el ejercicio del sufragio activo y pasivo en las elecciones a representantes sindicales en la empresa a los trabajadores extranjeros, en situación legal, cuando reúnan las condiciones generales exigibles a los nacionales, que vienen recogidas en el mismo artículo 69, y que son, para ser elector: ser mayor de dieciseis años y una antigüedad en las empresa de al menos un mes; y para ser elegible: ser mayor de dieciocho años y una antigüedad de al menos seis meses, "salvo en industrias en que por movilidad del personal, se pacte en Convenio Colectivo un plazo inferior, con el límite de tres meses de antigüedad"¹⁸².

Un problema distinto plantea el Derecho de fundación de sindicatos, ya que el artículo 10 cuando "reconoce a los trabajos extranjeros que se hallen legalmente en España el Derecho a afiliarse libremente al sindicato u organización profesional españoles de su elección...", parece negar implícitamente el Derecho a fundar sindicatos a los trabajadores extranjeros, cualquiera que sea su situación¹⁸³.

¹⁸² La Ley francesa de 25 de octubre de 1982 homologa en este tema a nacionales y extranjeros Vid. M.SIMON-DEPITRE: "La condition des étrangers" en «JDIP». 1983, p. 27; D. TURPIN: "Le nouveau régime juridique des étrangers en France: changement et continuité", en «RCDIP». 1982, pp. 25-55.

¹⁸³ Pues, si bien una primera lectura del precepto, y ante la ausencia de referencia al Derecho a la fundación de sindicatos, parece remitir el ejercicio de este Derecho al art. 28 de la Constitución, que lo predica de toda persona, una lectura más atenta nos lleva a considerar, que o bien se trata de una laguna o bien que su no inclusión supone su negación, porque resulta muy poco conforme con el espíritu de la Ley de Extranjería, que este Derecho sea remitido en su ejercicio a la Constitución, sin la modulación que supone el atribuirlo a trabajadores

Sin embargo, este Derecho a la fundación de sindicatos por trabajadores extranjeros, es un Derecho, que ningún precepto legal impide ejercer a los trabajadores extranjeros, ya que, ni el artículo 28.1 de la Constitución, ni La Ley Orgánica sobre Libertad Sindical de 8 de agosto de 1985, ni los Instrumentos Internacionales suscritos por España¹⁸⁴ recogen entre sus límites, excepciones y particularidades precepto alguno que haga referencia a los extranjeros. Por ello, podemos decir que el Derecho de fundación de sindicatos, que junto con el Derecho a la libre afiliación forman parte del Derecho genérico a la libertad sindical, es predicable, a todos los trabajadores, no sólo en virtud del artículo 28 de la Constitución y de la Legislación sobre Libertad sindical, sino también a la luz de los Instrumentos Internacionales firmados por España.

Cuestión diferente es la relativa a si los trabajadores extranjeros pueden fundar sindicatos formados exclusivamente por extranjeros para la representación y defensa de sus intereses, por algún sector doctrinal se ha considerado, que el problema queda perfectamente resuelto por el propio artículo 10 de la Ley de Extranjería cuando alude expresamente al "sindicato u organización profesional españoles de su elección". Alusión, que, en esta línea, se refiere a aquellos constituidos de conformidad con lo previsto en la legislación española, legislación que admite la extranjeros en "situación legal".

¹⁸⁴ Así el art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocen el Derecho de toda persona, sin distinción alguna, a crear sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses "con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente para promover y proteger sus intereses económicos y sociales, asimismo el art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce estos mismos Derechos, con la precisión de que sólo podrán ser objeto de restricciones impuestas por Ley y que "constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática".

participación en igualdad de condiciones de los trabajadores extranjeros en situación de legalidad, admitido que no se puede discriminar a los trabajadores extranjeros de la fundación de sindicatos, en virtud de las normas internacionales, "están absolutamente proscritas las discriminaciones a la inversa, esto es, en relación a los trabajadores nacionales por el juego, precisamente, de aquel orden internacional, por lo cual es obligado concluir que los trabajadores extranjeros no pueden promover en España la creación de sindicatos de extranjeros"¹⁸⁵.

En lo que se refiere al Derecho a la huelga, el artículo 10 de la Ley de Extranjería, de conformidad con el artículo 28 de la Constitución, que reconoce este Derecho sin excepciones, postula la igualdad de condiciones a los españoles, al declarar que se "ejercerá en las mismas condiciones que los trabajadores españoles" de acuerdo con lo dispuesto en la normativa reguladora del Derecho¹⁸⁶, sin embargo, es preciso señalar que esta total igualdad para el ejercicio de este Derecho no es tal, ya que la Ley introduce una modulación en su disfrute, pues no se predica de todo trabajador extranjero, sino que se exige que los trabajadores extranjeros se encuentren en situación de legalidad¹⁸⁷, requisito, coherente con las

¹⁸⁵ Cfr. M. RAMOS QUINTANA: El trabajo de los extranjeros en España, cit. p. 167.

¹⁸⁶ De momento y hasta la aprobación del Proyecto de Ley orgánica de Huelga y de Medidas de Conflicto Colectivo (BOC, Congreso de los Diputados, de 1 de junio de 1992, Serie A, nº 87-1), la normativa vigente es la contenida en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, corregida con la incorporación de la doctrina expresada por el Tribunal Constitucional en su STC 11/1981, de 8 de abril.

¹⁸⁷ Exigencia perfectamente admisible, dada la configuración legal de los Derechos de los extranjeros, que sin embargo no es tenida en cuenta por varios autores, que predicán la igualdad total de los trabajadores extranjeros respecto a los nacionales en lo que se refiere al Derecho de huelga. Vid. M. RAMOS QUINTANA: El trabajo de los extranjeros en España, cit. pp. 170-171; E. SEGARRA I TRIAS: Los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas de los extranjeros en España, cit., p. 157 y R. FERRER PEÑA: Los derechos de los extranjeros en España, cit., 82.

premisas del ordenamiento jurídico, que no es más que la reiteración de una apreciación constante de la Ley de Extranjería, ya expuesta en su Preámbulo: "es necesario diferenciar con absoluta claridad las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de derechos y garantías para los extranjeros que se hallen legalmente en España"

En el ámbito europeo, dado que el número de extranjeros residentes en Europa se aproxima a la cifra de 13 millones de los cuales, unos seis millones, son trabajadores extranjeros residentes en Estados Miembros del Consejo de Europa, la participación de los trabajadores migrantes en las asociaciones sindicales, en las actividades sindicales y en la vida de la empresa se ha convertido en un importante problema en ciertos Estados Miembros. Ello ha forzado a que, en la mayoría de los países receptores de trabajadores, se hayan regulado los Derechos Sindicales con una gran precisión y claridad en base a las reglamentaciones internacionales sobre la materia.

El Derecho a la Libertad Sindical y el Derecho de los trabajadores a participar plenamente en el proceso de decisión en los sindicatos, son reconocidos por los convenios internacionales¹⁸⁸ y en virtud de estas normas internacionales, que reconocen la plena equiparación entre nacionales y extranjeros en materia sindical, la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa reconocen en sus legislaciones internas

¹⁸⁸ Entre los que se puede citar por su importancia, el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos del Hombre, el artículo 5 de la Carta Social Europea, el artículo 28 del Estatuto Europeo del Trabajador Migrante, el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, el artículo 6.1 a) ii) del Convenio nº 97 de la OIT sobre trabajadores migrantes, el Convenio nº 98 de la OIT relativa al Derecho Sindical y al Derecho a la negociación colectiva y el artículo 2 del Convenio nº 87 de la OIT sobre Libertad de Asociación y protección del Derecho Sindical.

la plena equiparación entre nacionales y extranjeros en esta materia¹⁸⁹.

4º.- La tutela efectiva por los Jueces y Tribunales del ejercicio de los Derechos y Libertades por los extranjeros.

En línea con la mejor doctrina del Derecho Público y sin perjuicio de posterior tratamiento, es obligado plantearse el acceso de los extranjeros a los Tribunales en defensa de sus Derechos y Libertades. Derechos y Libertades proclamados en el Capítulo II del Título I, que como afirma el Profesor GARCIA DE ENTERRIA, vinculan, en virtud del artículo 53 de la Constitución a todos los poderes del Estado, "vinculan, por tanto, también al Juez; conclusión que ha formalizado la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, en sus artículos 5º y 7º ". El artículo 5º establece «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales» y el artículo 7º "lo especifica todavía más claramente en cuanto a los derechos y libertades, y aquí..., no se limita sólo a los derechos susceptibles de amparo a los que se refiere el párrafo 2 del artículo 53 de la Constitución, sino que dice: «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos». Una cosa es, pues, que ciertos derechos fundamentales sean susceptibles de la protección especial del recurso de amparo (lo son sólo los de los arts. 14 a 30), y

¹⁸⁹ Suecia, Noruega, Austria, Malta, Suiza, Chipre, Grecia, Francia, Alemania, Portugal, Holanda, Bélgica, Italia, Dinamarca, Luxemburgo, Gran Bretaña e Irlanda reconocen el Derecho a la afiliación sindical, así como el derecho a participar en las elecciones sindicales tanto como electores como candidatos; asimismo otros países como Noruega Suiza y Alemania reconocen expresamente a los extranjeros el Derecho a crear sus propios sindicatos. Cfr.E. ÖZSUNAY: "La participation de l'étranger a la vie politique et associative de la Cité" en Colloque sur «Les Droits de l'Homme des étrangers en Europe», cit, pp. 223-224.

otra que los que no son no vinculen directamente y «en su integridad» a los Jueces y Tribunales y que a éstos no se encomiende la garantía plenaria de su tutela efectiva¹⁹⁰.

La extensión de esta tutela y protección de Jueces y Tribunales como medio de control de la acción pública sobre los Derechos y Libertades de los extranjeros, plantea un primer problema derivado de si la necesaria configuración legal de estos Derechos y Libertades, establecida por del artículo 13 de la Constitución, supone su desconstitucionalización y, por lo tanto, si disminuye su grado de protección. La afirmación, del Tribunal Constitucional, en Sentencia de 23 de noviembre de 1984¹⁹¹, de que los Derechos y Libertades de los extranjeros "siguen siendo derechos constitucionales y, por lo tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional"¹⁹², permite, además, modular el contenido del párrafo segundo del artículo 53, que establece los niveles de protección de los Derechos y Libertades garantizados en el artículo 14 y en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución, pues su redacción limita el ejercicio de los medios de defensa y garantía a los "ciudadanos"¹⁹³, término que habitualmente se identifica con nacionales

¹⁹⁰ Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA: "Los ciudadanos y la Administración: Nuevas tendencias en Derecho Español", Conferencia pronunciada el día 7 de mayo de 1988 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia, como ponencia española sobre el tema de su título dentro del Congreso Italo-español "Stato democratico e diritti del cittadino", con motivo del IX Centenario de dicha Universidad y la investidura de S.M el Rey de España como doctor "honoris causa" de la misma, e incluida en su libro: Hacia una nueva Justicia Administrativa, Madrid, 1989, pp.49-50.

¹⁹¹ STC 104/1984, de 23 de noviembre, cit.

¹⁹² Fto. Jco 3º, STC 104/1984, cit.

¹⁹³ Redacción que no es matizada por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de

o españoles, lo que evidencia, al menos desde el punto de vista literal, una antinomia entre este precepto y el contenido del artículo 24 de la Constitución¹⁹⁴, que configura el Derecho a la tutela judicial efectiva como un Derecho de la Persona, es decir como un Derecho imprescindible para la garantía de la dignidad humana, que, conforme al artículo 10.1 de la Constitución, constituye fundamento del orden político español. Esta es la interpretación que ha dado el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 30 de septiembre de 1985¹⁹⁵, al reconocer a los extranjeros plena equiparación a los nacionales para acceder a todos los beneficios derivados del Derecho genéricamente denominado a la Defensa, desglosado en el Derecho a la efectiva tutela de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses, Derecho al Juez ordinario preestablecido por la Ley, Derecho a la defensa y a la asistencia de un letrado, a ser informado de la acusación formulada contra él, a un proceso público sin dilaciones y con todas las garantías, a utilizar todos los medios de prueba pertinentes, a no declarar contra si mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, y que es ratificada, por el propio Tribunal, en Sentencia de 19 de abril de 1988¹⁹⁶, que engloba en el Derecho a la Defensa, el Derecho a ser asistido por un

octubre de 1979, que, en su art. 41, atribuye el recurso de amparo de modo exclusivo a los ciudadanos.

¹⁹⁴ Criterio expresado por J. M. SOUVIRON MORENILLA: Notas para una Ley de Extranjería, cit. p. 40.

¹⁹⁵STC 99/1985, de 30 de septiembre. Magistrado Ponente: Sr. TOMAS y VALIENTE. Jurisprudencia Constitucional 1985, T. XIII, pp. 1-11.

¹⁹⁶ STC 71/1988, de 19 de abril. Magistrado Ponente: Sr .C. VEGA BENAYAS. Jurisprudencia Constitucional 1988, T. XX, pp. 854-862..

interprete, no sólo durante la tramitación de un procedimiento administrativo o un proceso judicial, sino también durante la preparación de los mismos, ya que frecuentemente los extranjeros encausados en un proceso judicial o en un procedimiento administrativo, encuentran dificultades para comprender y hablar el español, con lo cual sus posibilidades de defensa resultan mermadas, al no poder comprender adecuadamente lo que se alega en contra suyo, y en consecuencia, no poder alegar adecuadas razones en su defensa¹⁹⁷.

Garantizado el Derecho a la Defensa para los extranjeros, es preciso señalar la difícil problemática en el acceso de los propios nacionales y, muy en particular de los extranjeros, al que todavía no puede ser calificado como Servicio Público de la Justicia, dada la disfuncionalidad del servicio, debida a la falta de medios mínimos, "para dar cumplimiento a las exigencias que en este ámbito plantea la autodefinición de un Estado como «social y democrático de Derecho»¹⁹⁸. Esta ausencia de medios mínimos impide que el juez conozca de forma rápida y eficiente los asuntos que le son presentados, demorándose sus resoluciones en un espacio de tiempo excesivamente largo¹⁹⁹, situación que unida a la

¹⁹⁷ Esta cuestión fue planteada mediante Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional, por los Srs. Benaisa Abun Benyoncef y Mohamed Kroun que solicitaban se les reconociera el Derecho a un interprete, no solo durante la celebración del proceso, sino también para la comunicación con su abogado de oficio destinada a la preparación de la causa penal que se seguía contra ellos. Recurso de amparo 721/1987, resuelto por el Tribunal Constitucional en Sentencia 71/1988, de 19 de abril.

¹⁹⁸ Vid. P. ANDRES IBAÑEZ: Justicia /Conflicto, Madrid, 1988, p. 183.

¹⁹⁹ Vid. L. MARTIN-RETORTILLO BAQUER: "Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona", actuación en el Pleno en defensa del correspondiente proyecto de ley, luego incluido en En los albores de la Democracia, Zaragoza 1979, p. 100.

inexistencia de medidas cautelares positivas en el proceso contencioso-administrativo²⁰⁰ y al factor monetario, que exige importantes desembolsos, derivados de la exigencia de intervención de abogados y demás profesionales²⁰¹, producen como efecto inducido, que el acceso a los Tribunales, por parte de los extranjeros, esté sensiblemente condicionada para el mayor número de ellos, los afectados por la emigración por razones socioeconómicas de sus países de origen.

200 Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA: "Los ciudadanos y la Administración: Nuevas tendencias en Derecho Español" en Hacia una nueva Justicia Administrativa, cit., p. 65 y sobre el Derecho a la tutela cautelar como un aspecto más en el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva: La batalla por las medidas cautelares, Madrid, 1992.

201 Vid. A.NIETO: La organización del desgobierno, Madrid, 1984, p. 156.

V.- REGIMEN JURIDICO DE LOS EXTRANJEROS: EL DETERMINISMO DE LA ENTRADA, PERMANENCIA Y SALIDA DE LOS EXTRANJEROS DE ESPAÑA.

1º.- La entrada de extranjeros en España.

A) -Marco normativo: Libertad de configuración estatal y su modulación por Convenios Internacionales y por el proceso de concertación policial de la Comunidad Europea

El primer problema que plantea la entrada de extranjeros es precisar si existe para el Estado una obligación internacional de admitir a los extranjeros en su propio territorio, o si, por el contrario, pueden proceder en todo caso al rechazo o expulsión. Existen respecto de la admisión de extranjeros, dos tendencias contrapuestas, la primera, considera que los Estados tienen una verdadera y real obligación de tolerar la presencia de extranjeros en su territorio, y la segunda, que defiende la total discrecionalidad de los Estados a la hora de admitir extranjeros en su propio territorio.

En el momento actual, se dejan sentir las facultades discrecionales de los Estados¹, pues, como ya hemos señalado al estudiar el Derecho a la entrada de extranjeros en España, los Pactos y Convenios Internacionales² no conceden a los extranjeros ningún derecho a entrar

¹ Facultades discrecionales que no pueden considerarse absolutas, sino que están templadas por normas de derecho positivo o por exigencias racionales o límites prácticos. Vid. G. BISCOTTINI: Diritto Amministrativo Internazionale, Padova 1966, T. II, pp. 11-13.

² Así tanto el 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, como el

en el territorio del Estado de acogida, por ello, todos los Estados desarrollan unas disposiciones que regulan los mecanismos de entrada en su territorio nacional³, y entre ellos España que, en su Ley sobre Derechos y Libertades de los extranjeros y en su Reglamento de ejecución, precisa las normas reguladoras de la entrada de extranjeros en España.

El poder de normación unilateral se ha visto profundamente modulado para los Estados Miembros de la CEE, como consecuencia de la aplicación del Tratado de Roma, que reconoce en sus artículos 48, 52 y 59, el Derecho a la libre circulación de trabajadores, el Derecho de establecimiento y prestación de servicios de los nacionales de los Estados Miembros, preceptos desarrollados en un conjunto de normas comunitarias, que haremos objeto de pertinente análisis, dirigidas a permitir y desarrollar la libre circulación de los nacionales comunitarios, que inciden directamente sobre la normativa interna relativa a las condiciones y requisitos de entrada de estos ciudadanos en el territorio de cada Estado comunitario.

España, como Estado Miembro desde su Adhesión el 1 de enero de 1986, aplica en consecuencia dicha normativa, recogida en el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, que regula las condiciones de entrada y permanencia de los nacionales comunitarios en el territorio español, art. 2 del Protocolo nº 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, reconocen el Derecho de libre circulación y residencia, para aquellas personas que se hallen "legalmente" en el territorio de un Estado, lo que como ya hemos señalado, exige la previa entrada legal en el territorio del Estado cumpliendo para ello la normativa aplicable de derecho interno. Normas que tienen su paralelismo en el ámbito español en el art. 19 de la Constitución de 1978 que recoge el Derecho a entrar y salir libremente de España y el Derecho a circular y elegir su residencia en el territorio nacional, pero refiriéndose de modo exclusivo a los "españoles".

³ M. DIEZ de VELASCO VALLEJO: Instituciones de Derecho Internacional Público, 1986, T.I, pp. 439.

produciéndose con ello, una modulación de las disposiciones contenidas en la Ley de Extranjería, en lo que a la entrada y permanencia en España se refiere, que, no obstante, su específico estudio en capítulo diferenciado, serán objeto de referencia paralela durante el desarrollo del régimen aplicable a los extranjeros, nacionales de Terceros Estados, con el objeto de permitir una mejor comprensión de los distintos regímenes jurídicos aplicables a los extranjeros en lo que a la entrada en España se refiere.

La regulación unilateral, por parte del derecho nacional de cada Estado, de los mecanismos de entrada y paso de fronteras de los extranjeros -nacionales de Terceros Estados- va a ser objeto de una profunda transformación para los Estados firmantes del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990. Su entrada en vigor, prevista inicialmente para el segundo semestre de 1993, va a suponer para los Estados Parte, además del nacimiento de un nuevo concepto de extranjero, la creación de un espacio común sin fronteras, que permitirá la libre circulación de los nacionales comunitarios y extranjeros autorizados, mediante la aplicación de disposiciones comunes en materia de entrada y circulación de nacionales de Terceros Estados y solicitantes de asilo, produciéndose así una modulación de las normas internas.

España, como Estado Parte del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, tras su firma el 25 de junio de 1991, verá, por lo tanto, modulada la normativa sobre entrada y paso de fronteras desarrollada por la Ley de Extranjería con la entrada en vigor de las disposiciones contenidas en el Convenio, pues, según dispone su artículo 2º, todo nacional de un Estado Miembro o todo extranjero autorizado que haya entrado regularmente en el espacio común⁴, podrá cruzar las fronteras

interiores, «en cualquier lugar», «sin que se realice control alguno». Teniendo en cuenta que, según se desprende del artículo 5 del Convenio de aplicación, podrá ser autorizada la entrada en el territorio común por un periodo de tres meses, del extranjero, en el sentido del Convenio de aplicación, que reúna los requisitos siguientes: estar en posesión de la documentación identificativa exigida, con su correspondiente visado cuando sea necesario, contar con los medios económicos de subsistencia, no estar incluido en la lista de "no admisibles", ni suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de uno de los Estados Parte.

En tanto que el espacio común sin fronteras diseñado por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen se realice, los extranjeros, nacionales de Terceros Estados, que pretendan entrar en España deberán cumplimentar los trámites y condiciones exigidos por la normativa española, contenida en la Ley de Extranjería, de cuyo artículo 11 se desprende, que en principio, cualquier extranjero, sea cual fuere su nacionalidad, tiene la posibilidad de entrar en el territorio nacional español, siempre que posea la documentación requerida, los medios económicos suficientes para subvencionar su estancia en España y no esté sometido a prohibición expresa de entrada; junto a ello, para que el extranjero acceda de una manera legal a nuestro país, será preciso realizar la entrada por los puestos fronterizos autorizados, excepto en los supuestos de fuerza mayor.

⁴ Arts. 19, 20 y 21 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

B) – Requisitos objetivos. De la previsión organizativa de los puestos fronterizos al espacio policial común de la Comunidad Europea.

La Ley señala la necesidad de que la entrada de los extranjeros⁵ se realice a través de los puestos habilitados a tal fin en las fronteras terrestres, puertos y aeropuertos, en los días y horas señalados⁶ y bajo el control de los servicios policiales correspondientes⁷.

Este principio tiene excepciones en los casos de acontecimientos cívico-populares, religiosos o deportivos que tengan lugar en lugares próximos a la frontera española, situaciones en las que podrá permitirse la utilización de pasos habilitados en días y horas señalados, para que los nacionales y extranjeros puedan acudir a la celebración de los actos⁸.

La habilitación de nuevos puestos fronterizos es facultad del Gobierno Español, que podrá ordenar su apertura mediante Orden de Presidencia de Gobierno, si bien, cuando se trate de fronteras terrestres, precisará de la necesaria colaboración y coordinación de los Estados

⁵ Incluidos los nacionales comunitarios, dado que la normativa comunitaria no contiene excepciones sobre el paso de fronteras.

⁶ Art. 1. 1º del R.D. 1119/1986.

⁷ Artículo 11.3 de la Ley 7/1985.

⁸ Art.1.2 del R.D. 1119/1986. Será preciso solicitar la apertura con anterioridad, al Gobernador Civil de la provincia quien emitiendo informe sobre su conveniencia, enviará dicha solicitud a la Dirección de Seguridad del Estado, que será en definitiva quien decidirá sobre su oportunidad.

límites, que se hará efectiva mediante previo acuerdo con el Estado español, del que se informará inmediatamente al Congreso y al Senado, según establece el artículo 94. 2 de la Constitución de 1978.

Esta necesaria coordinación es extensible al ámbito estatal, dadas las medidas de control que han de establecerse, los dispositivos de fuerzas de seguridad que han de desplegarse y el gasto presupuestario que ocasionan, por ello, la apertura de fronteras terrestres precisará de previa propuesta conjunta de los Ministros de Asuntos Exteriores, del Interior y Economía y Hacienda, mientras que la habilitación de puestos de entrada y salida en puerto y aeropuertos precisará de propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y del Interior, que estará vinculada al informe favorable del Departamento ministerial o entidad del de que dependan el puerto y aeropuerto⁹.

Asimismo, el Gobierno está facultado para de ordenar el cierre de los pasos fronterizos temporal o indefinidamente¹⁰, bien por causas excepcionales, que darán lugar a la toma de medidas necesarias por decisión unilateral del Gobierno español, en los supuestos de estado de alarma, excepción y sitio; epidemia y protección de la seguridad del Estado, que se complementa con la cláusula general "cuando concurren circunstancias que así lo aconsejan"¹¹, que concede al Gobierno un

⁹ Art. 2. 1 y 2 del R.D. 1119/1986.

¹⁰ Arts. 11. 5 de la Ley Orgánica 7/1985 y 3 1 del R.D. 1119/1986. Facultad que sin embargo no es nueva, sino que simplemente reconoce un poder que tradicionalmente ha ostentado el gobierno de la Nación y que venía ya reconocido en el Real Decreto de Extranjería de 17 de noviembre de 1852 y posteriormente en el Decreto 55/1974, de 14 de febrero.

¹¹ Art. 3 del R.D. 1119/1986. Este art. 3 especifica los supuestos concretos en los cuales podrá llevarse a cabo el cierre de fronteras: A) A propuesta del Ministro de Defensa: 1).-Cuando se declare Estado de Sitio conforme a la Ley de Estados de Alarma, Excepción y Sitio de 1 de junio de 1981, en este supuesto, la medida, que será una más de las

amplio poder discrecional en materia de control de fronteras, o bien por causas ordinarias, derivadas de la situación inadecuada o innecesaria de los puestos fronterizos, en cuyo caso el Gobierno precisará de previo acuerdo con las autoridades del Estado limítrofe para proceder a su cierre¹².

Esta política de control de las fronteras españolas se verá afectada por la gradual aplicación de las medidas diseñadas por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, que, si bien no suponen la desaparición física de las fronteras nacionales, orientan su control a proteger, no sólo los intereses nacionales, sino también los intereses comunes de los Estado Parte en su conjunto, al objeto de construir un _____ tomadas en el Decreto de Declaración de Estado de Sitio, tendrá la duración señalada en el Acuerdo de Declaración que corresponde adoptar al Congreso de los Diputados, emitido conforme a los artículos 164 y 165 del Reglamento del Congreso de 10 de febrero de 1982. 2).- En todos los supuestos que lo aconseje la defensa Nacional; B). A propuesta del Ministro del Interior: 1).- En los supuestos de Estados de Alarma y Excepción que sean declarados por el Gobierno (conforme al artículo 6.1 de la Ley de Estados de Alarma, Excepción y Sitio de 1 de junio de 1981), cuya duración en los casos de Estados de Alarma no podrá, en principio, ser mayor a 15 días, excepto prórroga concedida por Autorización expresa del Congreso de los Diputados (artículo 6.2 de la Ley de Estados de Alarma, Excepción y Sitio), mientras que en los supuestos de Estados de Excepción el cierre durará el tiempo que preceptivamente determine el pertinente Decreto, que deberá atenerse al contenido del Acuerdo del Congreso de los Diputados (artículos 13 y 14 de la Ley de Estados de Alarma, Excepción y Sitio). 2).- En los casos de grave riesgo, catastrofe o calamidad pública que así lo hagan necesario y en los supuestos que así lo requiera la protección de la Seguridad del Estado, en estos casos el Ministro del Interior podrá ordenar la suspensión temporal de paso por algunos de los puestos habilitados, en tanto duren las circunstancias y se pronuncie el Consejo de Ministros; C).- A propuesta conjunta de los Ministros del Interior y de Sanidad en casos de epidemia.

¹² Art. 3.3 del R.D. 1119/de 1986. Debiendo seguirse para proceder al cierre de pasos fronterizos a los mismos trámites que para la apertura de los mismos y contenidos en el art. 2 del R.D. 1119/1986

espacio común europeo, que permita la realización de la libre circulación de ciudadanos comunitarios, garantizando la seguridad y orden público de los propios Estados Parte.

Para la consecución de este objetivo, el artículo 2.1 del Convenio de aplicación, establece la supresión de los controles en las fronteras interiores entre los Estados Parte, que podrán cruzarse, «en cualquier lugar», lo que supone el nacimiento de un territorio común, que comprende Portugal, España, Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Alemania e Italia, de tal forma que los controles fronterizos nacionales quedan desviados a las fronteras exteriores al espacio común, que se convertirán en las verdaderas fronteras. No obstante, esta supresión de controles no será irreversible, pues el propio Convenio prevé una cláusula de salvaguarda por motivos de orden público o de seguridad nacional, que permite, previa consulta a los demás Estados Parte, el establecimiento de controles durante un periodo de tiempo limitado, pudiendo asimismo, si la situación exigiera una actuación inmediata, establecer controles, e informar posteriormente a los Estado Parte¹³.

Las excepciones a las medidas comunes permiten comprobar, que el proyectado espacio común europeo nace bastante devaluado, pues permite la existencia y, en algunos casos, la primacía de los intereses nacionales de cada Estado Parte sobre los intereses comunes, situación que se mantendrá mientras no se produzca el traspaso de competencias estatales sobre control de fronteras a un específico órgano, lo que implicaría materializar la Unión Política Europea, fin último al que aspira, el Proyecto de Tratado de la Unión Europea.

Esta supresión de controles de las fronteras interiores, que para España, supondrá, como efecto inmediato, que los controles fronterizos

¹³ Art. 2. 2 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

entre España y Francia y España y Portugal queden suprimidos¹⁴, se corresponde con un fortalecimiento de las fronteras exteriores del espacio común, con objeto de controlar la entrada de personas provenientes de Terceros Países, para ello, y bajo el compromiso de prestar una cooperación estrecha y permanente para efectuar de forma eficaz los controles y la vigilancia de sus fronteras exteriores¹⁵, el Convenio prevé la pautas de organización para llevar a cabo el control de las fronteras exteriores, que deberá efectuarse con arreglo a principios uniformes para

¹⁴ Al respecto es preciso señalar que las ciudades de Ceuta y Melilla seguirán manteniendo, su régimen especial de control para personas y pasajeros, previsto en la Protocolo 2º del Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, según establece el Punto III de la Acta final del Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

¹⁵ Art. 7 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990, en aras a esta cooperación se procedera al intercambio de informaciones pertinentes, que sin embargo no podrán hacer referencia a datos nominativos de carácter individual, así como a la armonización de las instrucciones dadas a los servicios responsables de controles, que podrá adoptar la forma de intercambio de funcionarios. Asimismo, está previsto la firma por todos los Estados Miembros de un Convenio de control de Fronteras Exteriores, del que hasta el momento carecemos de información sobre su contenido, pero al que tanto el Parlamento Europeo, en un posición de claro rechazo (Vid. Punto 10 de la Resolución de 22 de febrero de 1991 DOCE C 72, 18.03.91, p.215), como el Ministro del Interior Sr. CORCUERA, en sentido positivo, han hecho referencia (Vid. Comparecencia del Sr. Ministro del Interior ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, BOC Congreso de los Diputados, Comisiones año 1991, nº 365, p.10785). Si bien es preciso señalar, que la firma por parte de España de este Convenio de Fronteras Exteriores, parece supeditada a la solución de los problemas derivados de la introducción de Gibraltar como territorio británico, aunque el secretismo y la falta de información sobre la conversaciones previas para la realización del Convenio, no nos permite señalar dicho dato con exactitud, sino como un simple rumor, confirmado, aunque sin señalar porqué motivos por el propio Ministro del Interior, en la comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior citada anteriormente.

todos los Estados Parte, aunque en el marco de las competencias nacionales y de la legislación nacional, que sin embargo tendrá siempre como objetivo final los intereses de todas las Partes Contratantes¹⁶.

El control estará dirigido a vigilar, mediante unidades móviles, los espacios entre los pasos fronterizos exteriores, evitando así la entrada de personas de manera ilegal por lugares permables, en los que no haya establecidos pasos fronterizos, asimismo se prevé el control de los pasos fronterizos fuera de las horas normales de apertura, para ello, cada Estado se compromete a disponer del personal adecuado y de los medios suficientes para realizar el control y la vigilancia de fronteras¹⁷, lo que para España supondrá esfuerzo considerable tanto desde el punto de vista de personal adecuado para el control, como de gasto¹⁸, dado que por su situación geográfica peculiar cuenta con una zona costera muy amplia y muy cercana a los Países de Magreb, por donde es relativamente fácil entrar de forma ilegal, es decir sin pasar por los controles fronterizos establecidos, como lo demuestran los frecuentes naufragios y

¹⁶ Art. 6.1 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

¹⁷ Art. 6. 4 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

¹⁸ Principalmente a los Ministerios de Interior, Justicia y Asuntos Exteriores, ya que para poder ejecutar las misiones encomendadas por el Convenio será necesario, potenciar los centros de procesos de datos, con nuevos recursos humanos y materiales, modificar también las bases de datos nacionales y reforzar los sistemas de comunicaciones. En determinados servicios será igualmente imprescindible desarrollar las redes de terminales periféricas, y en todos los departamentos afectados se deberá proceder a la formación y especialización del personal adscrito a las nuevas funciones derivadas del Sistema de Información de Schengen, según declaró el Ministro del Interior Sr. CORCUERA en su Comparecencia en la Comisión de Justicia e Interior para informar sobre la posición de España en relación con la Propuesta alemana de Seguridad e Interior y las consecuencias internas que para España tiene la firma del Tratado de Schengen. (BOC Comisiones, 1991, Num. 365).

detenciones de nacionales magrebís, que permiten suponer que otros compatriotas suyos han traspasado estas fronteras sin haber sido avistados.

La situación geográfica y estratégica de España permite señalar que, el control de las fronteras exteriores españolas, supondrá en realidad el control de una gran parte de las fronteras exteriores del espacio común, por lo que, en cierta medida, España podrá convertirse en un cualificado gendarme de la Comunidad, situación peculiar, que ha propiciado la intervención de algún Grupo Parlamentario en favor de solicitud de ayuda económica a la Comunidad para el desarrollo de esta función de control por parte española¹⁹.

Con la finalidad de hacer viable y efectiva la supresión de controles en las fronteras interiores, que permitan la libre circulación de personas, sin menoscabo de la seguridad y el orden público de los Estados Parte, el Convenio de aplicación inicia la estructuración de mecanismos de cooperación y de información policial entre los diversos servicios policiales de los Estados Parte, de tal modo, que permitan la realización de los compromisos jurídicos, como los de extradición, asilo o asistencia judicial, recogidos en el Convenio y que son aplicables no sólo a los extranjeros, en el sentido del Convenio de aplicación, sino también a los nacionales comunitarios.

Este proceso de estructuración de la cooperación e información policial, que se inicia con el Convenio de aplicación, pone de manifiesto, que, incluso, ámbitos hasta ahora inmunes a la cesión de soberanía, como son los de policía y seguridad, necesitan nuevas fórmulas o sistemas de

¹⁹ Intervención del Sr. Diputado CUATRECASAS I MEMBRADO (CIU) en la comparecencia del Sr. Ministro del Interior ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados (BOC, Congreso de los Diputados, Comisiones, año 1991, Nº365, p. 10791).

colaboración que hagan posible la consecución de una Europa sin fronteras. En efecto, la cesión de soberanía en diversos ámbitos al objeto de alcanzar la soberanía compartida, va reduciendo las competencias estatales de los Estados Miembros al ámbito de policía y seguridad, origen del Estado y último reducto visible de las competencias estatales, a las que los Estados Miembros se aferran. No obstante, el proceso de unificación de la Europa comunitaria, impone una dinámica imparable a la que no pueden ser ajenas dichas competencias, pues los Estados Miembros, no son ya Estados soberanos en el clásico sentido del término, sino que son Estados que ejercen competencias compartidas, de ahí, que este último reducto de la soberanía nacional precise de nuevas fórmulas, que permitan la colaboración entre los Estados Miembros, de modo similar, a como en el ámbito interno español, el sistema de competencias compartidas diseñado por la Constitución Española de 1978, ha obligado al desarrollo de nuevos sistemas de cooperación e información entre el Estado, las Comunidades Autónomas, los Entes Locales e, incluso, las Comunidades Europeas, obligada interrelación organizativa y operativa que tiene el oportuno registro en los preceptos que constituyen el Título I del Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común²⁰.

El sistema de cooperación policial, diseñado por el Convenio de aplicación, permitirá que los servicios de policía de cada Estado Parte, respetando la legislación nacional y dentro de los límites de sus competencias, se presten asistencia para prevenir e investigar hechos delictivos, excepto cuando esta solicitud de cooperación sea reservada por la legislación nacional a las autoridades judiciales o cuando la

²⁰ Arts.4 a 10 enmarcados en la rúbrica: "De las Adminsitraciones públicas y sus relaciones" (BOC, Congreso de los Diputados, 4 de marzo de 1992, Serie A, Num. 82-1).

solicitud o su ejecución supongan la aplicación de medidas coactivas por parte del Estado Parte requerido²¹, siendo preciso señalar, que las solicitudes de asistencia y las respuestas a las mismas podrán intercambiarse entre los órganos centrales encargados de la cooperación policial, y que estas informaciones facilitadas por escrito podrán ser utilizadas como prueba de los hechos imputados sólo en el caso de que las autoridades judiciales del Estado requerido lo consientan²². Previendo el Convenio de aplicación, asimismo, que la cooperación policial en las regiones fronterizas podrá regularse mediante acuerdos entre los Ministros competentes de los Estados fronterizos²³.

En este marco de cooperación policial, el Convenio de aplicación habilita a los servicios policiales de un Estado Parte, en su caso España, para que puedan proseguir la vigilancia o persecución de una persona determinada en el territorio de otro Estado Parte, estableciendo para ello, los hechos delictivos que pueden dar lugar a estas intervenciones y el procedimiento a seguir, que incluye la denominada persecución en caliente, se trata en definitiva de extender las potestades de ejercicio de autoridad y de "imperium" que el Convenio concede a los agentes integrados en los respectivos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, definidos de forma legal en cada Estado Parte.

Los servicios policiales, que en el caso español serían los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y del Cuerpo de la Guardia Civil, en el ejercicio de su función de Policía Judicial, así como los

²¹ Art. 39.1 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

²² Art. 39. 2 y 3 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

²³ Art. 39. 4 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

funcionarios dependientes de la Administración de Aduanas²⁴, "que, en el marco de una investigación judicial, estén vigilando a una persona que presuntamente haya participado en un hecho delictivo, que pueda dar lugar a extradición", podrán continuar su vigilancia en otro Estado Parte distinto del suyo, siempre que previamente éste haya autorizado la vigilancia tranfronteriza, a raíz de una solicitud de asistencia judicial previamente presentada ante la autoridad "ad hoc"²⁵ para conceder dicha autorización²⁶.

En el caso de que "por razones particularmente graves, no pueda solicitarse la autorización previa" del otro Estado Parte, "los agentes encargados de la vigilancia estarán autorizados a proseguir más allá de la frontera la vigilancia de una persona que presuntamente haya cometido" alguno de los siguientes hechos delictivos: asesinato; homicidio; violación; incendio provocado; falsificación de moneda; robo y encubrimiento con ánimo de lucro o receptación; extorsión; secuestro y toma de rehenes; tráfico de seres humanos; tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; infracción, de las disposiciones legales en materia de armas y explosivos y transporte ilícito de residuos tóxicos y nocivos; siempre y cuando, comuniquen inmediatamente el cruce de fronteras y se transmita sin demora²⁷ la solicitud de asistencia

²⁴ Según establece el art. 2.1 del Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.

²⁵ Autoridad que en el caso de España será la Dirección General de la Policía, según establece el art. 2.2 del Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.

²⁶ Art. 40.1 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

²⁷ Demora que no podrá ser superior al plazo de cinco horas, y cuyo incumplimiento supondrá el cese de la vigilancia, según especifica el art. 40. 2, último párrafo, del Convenio

judicial, en la que se expongan los motivos que justifiquen el cruce de la frontera sin autorización previa²⁸.

Para la realización de la vigilancia transfronteriza, tanto en los supuestos en los que se cuente con autorización previa como en los que se cruce la frontera sin la misma, el Convenio de aplicación impone a los agentes policiales el cumplimiento de una serie de condiciones, dirigidas a garantizar su identidad y competencia y a impedir su intromisión en las competencias policiales del Estado Parte requerido.

Los agentes policiales estarán obligados, además de someter la vigilancia que estén realizando a las condiciones estipuladas en el Convenio de aplicación y al Derecho del Estado Parte requirente, a obedecer las órdenes de las autoridades locales competentes, a justificar en cualquier momento su carácter oficial, a portar, excepto en los supuestos de vigilancia urgente, un documento que certifique que la autorización ha sido concedida y a colaborar en la investigación que resulte de la operación en que participaron, incluso en los procedimientos judiciales, cuando así lo soliciten las autoridades del Estado Parte en el que se haya realizado la vigilancia.

Los agentes policiales tienen impedida, a su vez, la entrada en los domicilios y lugares donde el público no tengan acceso, interrogar o detener a la persona vigilada y utilizar su arma, excepto cuando sea en legítima defensa.

de aplicación. Al objeto de evitar la demora en la transmisión de peticiones y autorizaciones de vigilancia y persecución transfronteriza, los Estados Parte, teniendo en cuenta las circunstancias locales y las posibilidades técnicas, establecerán, en particular en las regiones fronterizas, líneas telefónicas, radio, telex y otros enlaces directos. (Art. 44.1 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990).

²⁸ Art. 40. 2 y 7 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

Junto a las condiciones que afectan directamente a los agentes policiales, será preciso que el Estado Parte requirente realice y presente un informe a las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se realizó la investigación, Estado que, a su vez, podrá exigir la comparecencia de los agentes policiales que realizaron la investigación²⁹.

En este marco de cooperación policial, el Convenio de aplicación autoriza a los agentes policiales de los Estados Parte para llevar a cabo la denominada persecución en caliente, estableciendo para ello las infracciones que pueden dar lugar a dicha persecución y las condiciones generales que deberá respetar los agentes encargados de la misma, si bien remite las modalidades de realización, en cuanto a competencias de los agentes policiales, infracciones específicas a perseguir y extensión del territorio a penetrar, a la voluntad de cada Estado Parte, que deberá ser expresada, previo acuerdo, para cada Estado Parte con el que tenga frontera común, en el momento de la firma del Convenio de aplicación, mediante una Declaración aneja.

La persecución en caliente autoriza a los agentes policiales de un Estado Parte, y en su caso España³⁰, para cruzar las fronteras, exclusivamente terrestres, sin autorización previa del Estado Parte cuyas fronteras se hayan cruzado, cuando persigan a una persona hallada en flagrante delito de "comisión" o de "participación"³¹ de uno de las

²⁹ Art. 40.3 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

³⁰ Agentes policiales que en el caso de España, según hemos indicado ya, serán los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y del Cuerpo de la Guardia Civil en el ejercicio de sus funciones de Policial Judicial, así como los funcionarios dependientes de la Administración de Aduanas, según establece el art. 3.1 del Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.

siguientes infracciones: asesinato; homicidio; violación; incendio provocado; falsificación de moneda; robo y encubrimiento con ánimo de lucro o receptación; extorsión; secuestro y toma de rehenes; tráfico de seres humanos; tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; infracciones de las disposiciones legales en materia de armas y explosivos; destrucción con explosivos; transporte ilícito de residuos tóxicos o nocivos y delito de fuga a raíz de un accidente con resultado de muerte o heridas graves³², así como cuando la persona perseguida se hubiese evadido mientras estaba bajo detención provisional o cumpliendo una pena privativa de libertad³³ o se trate de una infracción que pueda dar lugar a extradición³⁴; siempre y cuando, a más tardar en el momento en que se cruce la frontera, los agentes que realicen la persecución recurran a las autoridades competentes del Estado Parte en cuyo territorio se realice la persecución. La persecución deberá cesar en el momento en que el Estado Parte en el que se realice la persecución así lo solicite y la persona perseguida sólo podrá ser aprehendida por las autoridades locales competentes, "para determinar su identidad o proceder a su detención"³⁵.

El Convenio establece una serie de condiciones generales a las que deberán sujetarse los agentes policiales durante la ejecución de dicha

³¹ Art. 41.1 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

³² Art. 41.4 a) del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

³³ Art. 41.1, párrafo segundo del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

³⁴ Art. 41.4 b) del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

³⁵ Art. 41.1, párrafo último del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

persecución, dirigidas como en la medida de vigilancia transfronteriza, a garantizar su identidad y competencia y a impedir su intromisión en las competencias policiales del Estado Parte requerido.

Los agentes policiales estarán obligados a ajustar su comportamiento a lo dispuesto en el Convenio de aplicación para la realización de dicha persecución y al Derecho nacional del Estado Parte en el que hayan penetrado, a cumplir las órdenes de las autoridades locales competentes, a ser fácilmente identificables, bien por que lleven uniforme o brazalete o dispositivos accesorios colocados en el vehículo, a justificar en todo momento su carácter oficial, y a dar cuenta de su misión después de realizada la operación ante las autoridades competentes del Estado Parte en cuyo territorio se haya realizado la persecución. Los agentes no podrán entrar en Estados Parte que carezca de fronteras terrestres comunes, entrar en domicilios o lugares donde el público no tenga acceso, utilizar vehículos comunes sin distintivos especiales que los identifique, ni utilizar su arma, excepto en defensa propia.

Junto a las condiciones específicamente destinadas a los agentes encargados de la persecución, el Convenio impone al Estado Parte de donde procedan los agentes la obligación de prestar ayuda en la investigación que sea consecuencia de la operación en que hayan participado, incluso en los procedimientos judiciales, cuando así lo solicite el Estado Parte en donde se realizó la persecución³⁶.

España, como consecuencia de la remisión del Convenio de aplicación, ha debido de definir, previo acuerdo con cada uno de los Estados Parte con los que tiene fronteras comunes, Francia y Portugal, las modalidades de ejercicio de la denominada persecución en caliente en

³⁶ Art. 41. 5 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

su territorio, mediante Declaraciones anejas al Acta de Adhesión de España al Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

Para la frontera común de España y Francia, la Declaración del Gobierno español³⁷ prevé que las persecuciones realizadas por los agentes autorizados se efectuarán "por el momento" conforme a las siguientes modalidades: Los agentes perseguidores no podrán interrogar a la persona perseguida, sólo podrán penetrar en territorio español 10 km., y únicamente podrán realizarse en el caso de "comisión" de una de las siguientes infracciones: asesinato; homicidio; violación; incendio provocado; falsificación de moneda; robo y encubrimiento con ánimo de lucro o receptación; extorsión; secuestro y toma de rehenes; tráfico de seres humanos; tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; infracciones de las disposiciones legales en materia de armas y explosivos; destrucción con explosivos; transporte ilícito de residuos tóxicos o nocivos y delito de fuga a raíz de un accidente con resultado de muerte o heridas graves.

Las modalidades a respetar en lo que se refiere a la persecución transfronteriza en caliente en la frontera común entre España y Portugal³⁸, expresada en la correspondiente Declaración aneja, sólo se diferencian en cuanto a la distancia a penetrar en territorio español, que en este caso será de 50 km. o bien durante un periodo máximo de dos

³⁷ Vid. Declaración unilateral del Gobierno del Reino de España sobre la definición de las modalidades de persecución transfronteriza en aplicación del art. 3.2 del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

³⁸ Vid. Declaración unilateral del Gobierno del Reino de España sobre la definición de las modalidades de persecución transfronteriza en aplicación del art. 3.3 del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

horas. Estas modalidades, contenidas en ambas Declaraciones, que podrán ser sustituidas en cualquier momento por otras, siempre que no restrinjan el alcance de las precedentes³⁹, y que de común acuerdo se aplican también para los agentes españoles que realicen este tipo de persecución en caliente, en el territorio francés y portugués, evidencian las diferentes actitudes de Francia y Portugal sobre la soberanía de su territorio y demuestran, a su vez, el distinto grado de confianza entre los distintos Estados Parte, sin embargo, es preciso señalar que el simple hecho de que sea posible traspasar una frontera interior en la persecución de un delincuente, independientemente de los kilómetros, es importante, pues supone un ejercicio transnacional de competencias entre Estados Parte. No obstante, es factible relativizar esta importancia, pues dado el conjunto de condiciones que se exigen para poder realizar esta persecución, y sobre todo, el hecho de que se exija que a los agentes encargados de la misma que vayan de uniforme o que sus vehículos sean perfectamente identificables, resta operatividad a la medida, si bien no puede pasar desapercibido, que con el objetivo de fomentar y acelerar la cooperación policial, el Convenio de aplicación prevé la realización de Acuerdos bilaterales entre Estados Parte, "que permitan el destino provisional, por un período determinado o indeterminado de funcionarios de enlace" de un Estado Parte en servicios de policía del otro Estado Parte, cuya misión, que deberán llevar a cabo en el marco de instrucciones que les hayan dado el Estado Parte de origen y el Estado Parte en la que estén destinados, y que consistirá, especialmente, en prestar ayuda: "en forma de intercambio de Información para luchar de forma preventiva y represiva contra la criminalidad", "en la ejecución de

³⁹ Según establece el apartado 9º, del art. 41 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

peticiones de cooperación policial y judicial en materia penal" y "a las autoridades encargadas de vigilancia de fronteras exteriores en el ejercicio de su cometido", no pudiendo serles otorgadas, en ningún caso, competencias para ejecutar de forma autónoma medidas de policía⁴⁰.

Esta colaboración policial se verá reforzada, en materia de estupefacientes, con la creación, prevista en el Convenio de aplicación, de un grupo de trabajo permanente encargado de examinar los problemas comunes relativos al control de la criminalidad en materia de estupefacientes y en su caso, "de elaborar las propuestas para mejorar si es necesario, los aspectos prácticos y técnicos de la cooperación" entre Estados Parte⁴¹, debiendo, asimismo, precisar las medidas dirigidas a reforzar los controles de la circulación de personas, mercancías y de los medios de transporte en las fronteras exteriores, con el fin de evitar la importación ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas⁴².

La lucha contra el tráfico de estupefacientes es una de las materias en donde la necesidad de cooperación policial se hace mas evidente, pues los problemas derivados del tráfico ilegal de estas sustancias rebasan las fronteras interiores de los Estados Miembros de la CEE, de ahí, la Propuesta alemana, presentada al Consejo Europeo de Luxemburgo celebrado los días 28 y 29 de junio de 1991, de creación de Europol, Oficina Central Europea de Investigación Criminal.

La Propuesta alemana es consecuencia de la necesidad, ya detectada y puesta de manifiesto por el Grupo de Trevi, de contar con un instru-

⁴⁰ Art. 47 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

⁴¹ Art. 70 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

⁴² Art. 71.3 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

mento eficaz de lucha contra el narcotráfico, para los cual se propuso la creación de una unidad europea de información para los asuntos de la droga, pues la Propuesta considera, que para la creación de Europol es suficiente extender los objetivos de la unidad europea de información a la lucha contra el blanqueo de dinero y el crimen organizado. Como consecuencia de esta Propuesta, el Consejo Europeo dirigió un mandato a los Ministros de Trevi para que presentaran propuestas concretas que dieran lugar a la creación de Europol.

La reunión de Ministro de Trevi de 2 y 3 de diciembre de 1991, en La Haya, adoptó el acuerdo de aprobar la creación de Europol, así como un calendario de trabajo que finalizará a finales de 1993, en el que quedarán establecidas las bases para su funcionamiento, en este sentido se elevó un informe al Consejo Europeo de Maastricht para su aprobación, en el que se propone que Europol se constituya inicialmente como una unidad de información en materia de estupefacientes y que, conforme al calendario fijado en el programa de trabajo, vaya ampliando sus actividades hasta constituirse en una Oficina Central Europea de Investigación Criminal⁴³.

La creación de Europol, es recogida en el Título VI del Proyecto de Tratado de la Unión, que establece las "Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de Justicia y de los Asuntos de Interior", disposiciones que regulan las relaciones entre Estados Miembros y las Intituciones Comunitarias en ámbitos de competencia directamente relacionados con uno de los fines primordiales del Tratado de la Unión, la libertad de circulación, y que abarcan las políticas de control de personas en las fronteras exteriores, asilo, inmigración, lucha contra la

⁴³ Vid. Comparecencia del Ministro del Interior Sr. CORCUERA en la Comisión de Justicia e Interior para informar sobre la posición de España en relación con la Propuesta alemana de Seguridad e Interior y las consecuencias internas que para España tiene la firma del Tratado de Schengen. (BOC Comisiones, 1991, Num. 365).

toxicomanía, lucha contra la defraudación a escala Internacional, cooperación judicial en materia civil y penal, cooperación aduanera y la cooperación policial para la prevención y lucha contra el terrorismo y el narcotráfico, materias en las que, como ya hemos señalado, los Estados Miembros son reacios a ceder soberanía, por lo que a semejanza con el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, se debe acudir a nuevas fórmulas de cooperación que permitan llevar a cabo políticas comunes en estas materias.

Con la finalidad de converger en el ámbito policial, el artículo K 3) del Proyecto de Tratado de la Unión prevé, que los Estados Miembros se informen y consulten mutuamente en "el seno del Consejo", con objeto de coordinar su acción, y que el Consejo pueda celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados Miembros y adoptar posiciones y acciones en estas materias, si bien el carácter supranacional de su intervención resulta parcialmente relativizado, pues además de quedar supeditada la adopción de acciones a que "los objetivos de la Unión puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados Miembros", no podrá impedir "la cooperación más estrecha entre dos o más Estados Miembros". En cuanto a la Comisión y el Parlamento Europeo, aquella queda "plenamente asociada" al Consejo (art. K 5), mientras que el Parlamento deberá "ser consultado sobre los principales aspectos de la actividad en los ámbitos a que se refiere el presente Título" e "informado regularmente sobre los trabajos en curso", pudiendo "formular preguntas o recomendaciones al Consejo" (art. K 6).

Las fórmulas de integración y cooperación, que ha sido expuestas, suponen un avance frente a las situaciones anteriores, en las que las competencias de la Instituciones Comunitarias en estas materias eran

mínimas, como lo demuestra el propio Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen realizado fuera del ámbito comunitario, ya que las políticas comunes sobre inmigración y cooperación en el ámbito de la seguridad y policía eran competencia exclusiva del "Grupo ad hoc de Inmigración" y del "Grupo de Trevi", integrados por los Ministros de Inmigración y del Interior de los Estados Miembros y en los que la intervención de las Instituciones Comunitarias se limitaba a la presencia de la Comisión en las reuniones del primer Grupo, hasta que recientemente se admitió su presencia en las reuniones del Grupo de Trevi.

En este marco de relaciones entre los Estados Miembros y las Instituciones Comunitarias e interconectado a la cooperación policial para la prevención y lucha no sólo contra el tráfico ilícito de drogas, como estaba inicialmente previsto en la Propuesta alemana y en el informe del Grupo de Trevi, sino también contra el terrorismo y otras formas graves de delincuencia internacional⁴⁴, se prevé, en el apartado 9º del artículo K 1), la creación a escala de la Unión de una Oficina Europea de Policía -Europol-, que permita la organización de un sistema de intercambios de información entre los Estados Miembros, que en paralelo con el Sistema de Información de Schengen, asegure la información imprescindible al conjunto de los Estados Miembros, para mantener el nivel de seguridad actual en el momento en que desaparezcan las fronteras interiores en los Estados Miembros de la Comunidad.

El paso dado en relación a la creación de Europol es sin lugar a dudas, una decisión mucho más importante desde el punto de vista de la colaboración policial, que todas las medidas establecidas por el Convenio

⁴⁴ Lo que permite detectar la intervención directa de los Ejecutivos de los Estados Miembros en la realización del Proyecto del Tratado de la Unión, pues esta ampliación de competencias hubiera sido muy difícil en caso contrario.

de aplicación, pues con el objetivo de luchar contra el terrorismo, el tráfico de estupefacientes y sus problemas conexos, permite la creación de un grupo europeo de policía con una sede determinada, que podrá dirigir y coordinar los trabajos de las unidades nacionales de Europol, lo que permitirá, si se cumplen los objetivos, que en el futuro esta unidad europea de policía amplie sus competencias, de tal manera, que se convierta en una auténtica policía criminal, que dirija y coordine la labor policial de los Estados Miembros.

Como complemento de las medidas de cooperación policial, el Convenio de aplicación crea el Sistema de Información de Schengen (SIS), orientado a controlar, a través de un banco de datos informatizados al que tienen acceso todos los Estados Parte, los datos referentes: a extranjeros no admisibles por motivos de orden público o seguridad, a personas implicadas en el crimen organizado, tráfico de estupefacientes, de armas, a personas sometidas a procedimiento de extradición, a personas desaparecidas, a menores huidos, y a objetos de valor, con el propósito final, todas ellas, de garantizar la seguridad y el orden público una vez suprimidos los controles fronterizos y de hacer posible la colaboración entre las fuerzas policiales de los Estados Parte.

El problema fundamental que presenta la aplicación de estas medidas de cooperación y especialmente del SIS, sobre todo en España donde la legislación sobre control de bases de datos está aún en una conflictiva fase de gestación⁴⁵, es su posible utilización inadecuada por

⁴⁵ El Proyecto de Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, en fase de Informe de Ponencia (BOC, Congreso de los Diputados, Serie A, 6 de marzo de 1992, Nº 59-8) se ha visto afectada en coincidencia con su tramitación por la filtración de datos informáticos en poder de la Administración Central. Vid Comparecencia del Ministro del Justicia, Sr. De la CUADRA-SALCEDO, para informar de las razones que le llevaron a afirmar en diversas ocasiones en el Pleno del Congreso que no existía riesgo serio de filtraciones de datos en poder de la Administración Central y para exponer los criterios del

parte de las autoridades competentes, dando lugar, como ha señalado el Parlamento Europeo, a que pueda llegarse a una acción policial y a una recogida de información arbitrarias,"que pongan en peligro la protección jurídica, el derecho a la defensa y el derecho a la intimidad de las personas"⁴⁶.

Con objeto de evitar los posibles abusos, que lesionen los Derechos y los Intereses de las personas, sobre todo en lo que se refiere a la utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS), se establece, por el propio Convenio de aplicación, una serie de medidas de control y garantía para los personas, que cuando menos en teoría parecen adecuadas⁴⁷. Consisten básicamente en:

- La introducción de datos conforme a las pautas preestablecidas en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, para la protección de personas en lo referente al tratamiento informatizado de datos de carácter personal⁴⁸.

Gobierno acerca del Proyecto de Ley Orgánica de regulación de tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que incluyan la consideración de los recientes hechos que se relacionan con la compraventa de datos informatizados por la Administración y otras entidades (BOC, Congreso de los Diputados, Comisiones, año 1992, Nº 380).

46 Puntos D y E de la Resolución de 23 de noviembre de 1989, (DOCE C 323 27.12.89. p. 99).

47 En Francia la Décision nº 91-294 DC du Conseil Constitutionnel de 25 de julio de 1991, ha considerado suficientes las garantías y medios de defensa previstos en el Convenio de aplicación, estimando, en consecuencia, que el establecimiento del SIS no atenta contra las libertades individuales. Vid. Décision nº 91-294 DC du Conseil Constitutionnel de 25 de julio de 1991, en «RFDA», 8(2), mars-avr. 1992, pp. 180-185, en especial, 183-184.

48 Firmado por España el 28 de enero de 1982, ratificado mediante Instrumento el 27 de enero de 1984 y publicado en el BOE de 15 de noviembre de 1985. Es preciso destacar que el Convenio del Consejo de Europa no es una norma de aplicación directa, pues su art. 4.1

- La prohibición para cada Estado Parte de consultar los ficheros de datos de otro Estado Parte, aunque pueda pedir información a la Unidad de Apoyo Técnico, con sede en Estrasburgo⁴⁹, evitándose con ello, la creación de un sistema globalizado de información, que permitiría el acceso a cualquier dato desde cualquier punto.

- El establecimiento de un sistema de control por parte de los particulares de los datos contenidos en los ficheros informáticos, lo que permite a toda persona acceder a los datos que a ella se refieren y a solicitar, en su caso, la rectificación, información, indemnización o borrado de los datos que en su caso proceda⁵⁰.

El reconocimiento de acción personal significa un enriquecimiento de las aportaciones que el derecho comparado ha realizado en el punto relativo al acceso a los documentos administrativos⁵¹, que se incor-

remite a los propios Estados firmantes para que desarrollen leyes y adopten medidas para que se pueda dar cumplimiento a los principios enunciados en su texto, como expresamente ha sido señalado por STS de 30 de abril de 1990, (Sala 3ª) Ponente: Sr. DURET ABELEIRA (RAJ, 3360).

⁴⁹ Art. 92. 2 y 3 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990. Garantía que se complementa con otra serie de medidas como son: la prohibición de utilización de los datos con fines administrativos distintos a control de fronteras (art. 102.4), los plazos para la destrucción de datos de los ficheros, que oscilarán entre uno o tres años, la creación de una autoridad de control (arts. 112 y 113), que se encargue de ejercer un control independiente sobre el fichero de cada Estado Parte (art. 114).

⁵⁰ Arts. 109, 110 y 111 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

⁵¹ Vid. L. A. POMEZ SANCHEZ: El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, Madrid, 1989 y A. FANLO LORAS: "La ley italiana de 7 de agosto de 1990, de nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos", en «RAP», nº 124 (1991), pp. 461-481.

pora, con fortuna, a las normas básicas de nuestro procedimiento administrativo en el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común⁵².

Las Medidas de control y garantía expuestas se complementan, para el caso de España, con la obligación de adoptar, antes de la ratificación del Acuerdo de Adhesión al Convenio de aplicación, todas las iniciativas necesarias para que la legislación española sea completada de conformidad con el Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con relación al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y con observancia de la Recomendación R (87) 15, de 17 de noviembre de 1987 del Comité de Ministros del Consejo de Europa tendente a reglamentar la utilización de los datos de carácter personal en el sector policial⁵³.

C) -Requisitos subjetivos.

1.- Documentación identificativa: pasaporte, título de viaje, tarjeta de identificación.

En el momento actual y hasta la entrada en vigor del Acuerdo de aplicación del Convenio de Schengen, para poder acceder al territorio español, los extranjeros -nacionales de Terceros Estados- deberán presentar en los puestos fronterizos la documentación necesaria, que

⁵² Art. 36 del Proyecto de Ley (BOC, Congreso de los Diputados, Comisiones, Nº 380, 11 de febrero de 1992).

⁵³ Punto 3º del Acta Final del Acuerdo de Adhesión de España al convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990.

será en principio un pasaporte individual, o colectivo⁵⁴, o un título de viaje⁵⁵, legalmente expedidos y en vigor⁵⁶ o bien un "documento que

⁵⁴ El artículo 4.3 de R.D.1119/1986 de 26 de mayo, señala que la admisión de pasaportes colectivos se ajustará a los Convenios internacionales que sobre ellos existan o concierte España, previo informe del Ministerio del Interior. En este sentido hay que hacer referencia al Acuerdo Europeo nº 37 sobre Circulación de Jóvenes de 16 de diciembre e 1961, realizado en el seno del Consejo de Europa, al que España se adhirió con firma el 31 de diciembre de 1981 y que entró en vigor el 18 de junio de 1982 (BOE. de 7 de julio de 1982), que permite el libre tránsito de jóvenes menores de 21 años en los Estados miembros del Consejo de Europa, durante menos de tres meses, siempre que viajen en grupo, siendo más de 5 personas y menos de 50, con un documento de viaje colectivo expedido por la autoridad competente del Estado de nacionalidad de los jóvenes, que además deben encontrarse bajo el mando de un jefe de grupo, mayor de 21 años, a cuyo nombre va expedido el pasaporte colectivo y que no les puede abandonar en ningún momento, siendo necesario que los miembros del grupo sean de nacionalidad del Estado que expidió el documento y puedan presentar su correspondiente documento de identidad, si así les es requerido.

⁵⁵ La expedición por parte del Estado Español de títulos de viaje para extranjeros en los que concurra la circunstancia de imposibilidad de proveerse de pasaporte propio está regulado por la Orden del Ministerio del Interior de 18 de abril de 1983.

⁵⁶ Tanto los pasaportes individuales como los títulos de viaje deberán estar válidamente expedidos por las autoridades competentes del Estado de procedencia del extranjero, o por las Organizaciones Internacionales habilitadas para ello, y deberán contener, así mismo, los datos suficientes de su titular para poder identificarlo y estar en vigor (arts. 12.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio y 4 de R.D. 1119/1986). La emisión de los documentos que materializan el pasaporte no ha estado ausente de problemas. en este sentido y con cierta similitud con la fallida iniciativa de encomendar la emisión del Documento Nacional de Identidad a una empresa privada, en Holanda, se registró el caso de la dimisión del Ministro de Defensa Sr. Win van Eekelen consecuencia en parte de las duras críticas recibidas por la implantación del nuevo pasaporte holandés, al que se le imputa resultar caro y fácilmente falsificable y en cuya problemática se implica el conflicto suscitado por el sistema de concesión de dicho pasaporte, al ser una empresa privada la encargada de servirlos en 24 horas, y ser también la misma empresa la que se encarga de registrar los datos de los ciudadanos, con lo que esta información tan delicada, que pasa después a la policía, está así en manos de una empresa privada que podría hacer inadecuado uso de ella. Datos aportados por diversas agencias de

acredite la identidad y que se considere válido a tal fin, en virtud los Convenios Internacionales en los que España sea parte"⁵⁷. Respecto de este último supuesto hay que hacer referencia especial al Acuerdo Europeo sobre Régimen de Circulación de personas entre Estados miembros del Consejo de Europa, ratificado por España el 27 de abril de 1982⁵⁸, información el 7 de septiembre de 1988.

⁵⁷ Art. 12.1 Ley Orgánica 7/1985. La relación de documentos de identidad válidos para la entrada en España es relacionada por V. ESTRADA CARRILLO en su obra Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería, Madrid 1990, pp.128-129 y son: el Documento de Identidad de la gente del mar, establecido por el Convenio 108, de la OIT (BOE 24 de mayo 1972); Libreta y Cédula de inscripción marítima (Orden del Ministerio de Comercio de 3 de octubre de 1972, BOE 28 de octubre); Tarjeta de Identidad Militar; Instrumento de adhesión de España al Convenio entre Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte, relativo al Estatuto de sus Fuerzas, hecho en Londres el 19 de junio de 1951 (BOE 10 septiembre 1987); Pasaporte o «laissez passer», que cuando sean expedidos por la ONU o por la CEE a sus funcionarios serán considerados por sí solos como documentos de viaje para entrar y permanecer en España; Documentos de viaje expedidos por la Organización de Estados Americanos, Banco Interamericano de Desarrollo y la OIT a sus funcionarios, que sustituyen al pasaporte a los efectos de su entrada en España.

⁵⁸ En la actualidad España es parte del Acuerdo sobre Régimen de Circulación de Personas celebrado en el seno del Consejo de Europa de 13 de diciembre e 1957, ratificado por el Gobierno español el 27 de abril de 1982 y que entró en vigor en virtud del artículo 9 del propio Acuerdo, el 1 de mayo de 1982(BOE. de 1 de julio de 1982). Este Acuerdo suprime la necesidad de visado y permite la entrada en España con un Documento de Identidad acreditativo o pasaporte caducado a los nacionales de Estado miembros del Consejo de Europa firmantes del Acuerdo, que vayan a permanecer en España menos de tres meses, sin realizar ningún tipo de actividad lucrativa (artículo 3 del Acuerdo), ya que en el caso contrario es preciso presentar en la frontera un pasaporte válido con el correspondiente visado(salvo si se pertenece a la CEE.), aunque cada uno de los Estados contratantes se reserva el derecho de impedir la entrada a toda persona de otro Estado miembro que considere indeseable; para facilitar la efectiva entrada en vigor del Acuerdo se establecen en el artículo 5 del mismo garantías de repatriación, ya que, cada Estado miembro, se compromete a admitir de regreso a su territorio

cuya entrada en vigor ha relegado a segundo plano una serie de acuerdos bilaterales⁵⁹ celebrados entre España y diversos Estados de Europa durante los años sesenta y setenta, y que tuvo origen en la necesidad de facilitar la entrada de extranjeros que, en calidad de turistas, pretendía atraer el Gobierno español a nuestro territorio.

Las características generales de estos convenios bilaterales eran similares entre sí, permitiendo la libre entrada durante un período no superior a tres meses previa presentación de documento de identidad acreditativo, siempre que no se realizaran actividad lucrativa de ningún tipo, al mismo tiempo presentaban una particularidad, al permitir que el acuerdo quedase en suspenso para los españoles que pretendieran salir a toda persona titular de alguno de estos documentos, aunque su nacionalidad este en litigio. También se contempla en el artículo 7 del Acuerdo la posibilidad de que cada uno de los Estados de modo unilateral, suspenda temporalmente la aplicación del Acuerdo. Los Estados firmantes del Acuerdo son: RFA, Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos y Suiza; también firmó este Acuerdo Turquía, pero sus ciudadanos precisan presentar un visado para entrar en la mayoría de los países firmantes, fundamentalmente debido a la utilización del Acuerdo para entrar en un Estado Miembro y permanecer en él.

⁵⁹ Canje de Notas de 15 de febrero y de 30 de junio de 1961 con Gran Bretaña (BOE 17 de diciembre de 1982), por el que se permite la entrada de británicos sin pasaporte ni visado y para ello, dado que en Gran Bretaña no existe la Documento de identificación personal, se reconoce el denominado "Pasaporte inglés" como documento que le sustituya para entrar en España; Canje de Notas con Alemania de 22 de julio de 1964 (BOE de 21 de diciembre de 1977); Canje de Notas con Francia de 13 de enero de 1966 (BOE de 30 de enero de 1978); Canje de Notas con Suiza y Liechtenstein de 2 de marzo de 1966 (BOE de 3 de enero de 1978); Canje de Notas con los Países Miembros del Benelux de 27 de junio de 1972 (BOE de 11 de agosto de 1972), que a su vez derogaba uno anterior de 27 de mayo de 1959; Convenio de 1 de febrero de 1978 con Austria (BOE de 29 de marzo de 1978); Canje de Notas de 13 de abril y 26 de junio de 1978 con Mónaco (BOE de 1 de septiembre de 1978) y Acuerdo de 17 de abril de 1979 con Portugal (BOE 24 julio y 27 de octubre) y su Protocolo Adicional al Convenio de 7 de mayo de 1981 (BOE 19 de marzo de 1983).

del territorio nacional, mientras la autoridades españolas no dispusieran lo contrario, lo que no ocurrió hasta 1977⁶⁰, como fin de una situación que respondía a la peculiar problemática del precedente régimen político y que implicaba situaciones tan heterogéneas como la política de atracción de turismo a España en coexistencia con la restricción de libertades de los ciudadanos. Esta especial forma de entrada en vigor de unos, en principio, Acuerdos bilaterales, me permite señalar que efectivamente el pasaporte, no sólo era una medida de control de entrada, sino también una medida de control de salida de los nacionales de un país⁶¹, porque si a un nacional se le niega el pasaporte (cuando no existan en vigor Acuerdos bilaterales o multilaterales de supresión de pasaportes) le resulta prácticamente imposible salir de su propio país, pues no será admitido en ningún otro al no estar debidamente documentado, a no ser que se tratara de una persona de relevancia que pudiera ser documentada con un pasaporte especial por alguna embajada extranjera. No obstante, y por lo que respecta a nuestro ámbito jurídico y con particular atención a nuestro actual marco constitucional, es de tener en cuenta la precisa doctrina establecida en torno al control de las actuaciones administrativas y la directa virtualidad del artículo 19 de la

⁶⁰ Como consecuencia del párrafo 2º del art. 1 del Decreto de 27 de septiembre de 1977, que establece la posibilidad de que el pasaporte no sea exigido a los extranjeros, siempre que exista un Convenio con su país de origen y éstos sean portadores del documento nacional de identidad. La entrada en vigor de esta disposición tuvo la virtud de impulsar la publicación en el BOE de los Canjes de Notas realizados por España con diversos países, que anularon la necesidad de pasaporte en las relaciones recíprocas de estos países y que hasta entonces habían permanecido hibernados por razones policiales. Cfr. J.D. GONZALEZ CAMPOS: Curso de Derecho Internacional Privado, cit., vol. II, pp.189.

⁶¹ J. M. CASTELL ARTECHE: El derecho de libre desplazamiento y el pasaporte en España, Madrid 1974.

Constitución⁶².

Esta normativa sobre documentación necesaria para la entrada de extranjeros en España, se complementa con las disposiciones contenidas en el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, que contiene las disposiciones aplicables a los nacionales de Estados Miembros de la CEE, a los que les será exigido para su entrada en España la presentación de una Tarjeta de Identidad o un pasaporte en periodo de validez, "en que conste la nacionalidad del titular"⁶³, tanto si viene a realizar actividades, asalaridas o no asalaridas, como a prestar o recibir servicios, modalidad esta última que engloba a los nacionales de Estados Miembros que vengan a España en calidad de turistas, a establecer su residencia o

⁶² Precepto constitucional que nos sintoniza con la doctrina expresada por el Arrêt del Conseil d'État francés de 8 de abril de 1987, al disponer que ha de darse el pasaporte a un nacional, a pesar de que haya sido condenado con anterioridad por tráfico de estupefacientes y de que en el momento de la denegación fuera sospechoso del mismo tráfico, porque la denegación del pasaporte no se basaba en las normas penales o del Código de la Salud Pública que autorizan esta medida, sino que había sido una medida administrativa y, dado que las normas internacionales de las que Francia es parte, reconocen el Derecho a abandonar un país determinado, incluso el suyo propio, excepto por causa de seguridad pública, orden público, moral o sanitario, "establecidas por ley", el Conseil d'État reconoce el derecho del ciudadano francés a obtener su pasaporte. Vid. «RFDA» 3(4), 1987, pp.608-613.

⁶³ Art. 5.1 del R.D.766/1992, de 26 de junio. Normativa que ha sido criticada, pues es preciso tener en cuenta: primero, que todos los Estados Miembros de la CEE son signatarios del Convenio del Consejo de Europa sobre Régimen de Circulación de Personas, que flexibiliza las obligaciones para el tránsito de frontera, en cuanto a documentación se refiere; segundo, que no en todos los documentos, que habilitan el paso de fronteras consta siempre la nacionalidad del titular; y tercero, tampoco la documentación de identidad es siempre documento suficiente para atestiguar la nacionalidad. Vid. al respecto J.M. ESPINAR VICENTE: La extranjería en el sistema de Derecho Internacional Privado, Granada, 1987, p.135.

como estudiantes, ya que se les considera como receptores de servicios en España, en aplicación de las Directivas 73/148/CEE, 90/364/CEE y 90/366/CEE que establece la presentación de una Tarjeta de Identidad o el pasaporte válido como único requisito exigibles a estas categorías de nacionales comunitarios.

La consolidación de un espacio común europeo sin controles fronterizos y el consiguiente fortalecimiento de las fronteras exteriores, tras la entrada en vigor del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, producirá distintos efectos en la aplicación de la normativa española sobre documentación acreditativa a presentar para entrar y circular en el territorio español, ahora convertido en parte del espacio común.

Para el cruce de las fronteras exteriores, seguirá siendo aplicable la normativa vigente en materia de documentación necesaria para el cruce de fronteras, ya que toda persona, sea nacional de un Estado Miembro de la CEE o de Terceros Estados, que pretenda traspasar estas fronteras y entrar en espacio común, deberá estar en posesión y presentar pasaporte, documentos identificativos o títulos de viaje válidos, conforme a la legislación española, que permitan el cruce de sus fronteras exteriores.

En lo que respecta al cruce de fronteras interiores, aunque la supresión de controles fronterizos determinará la neutralización de la actual obligatoriedad de presentación del pasaporte o documentación identificativa personal, en el momento de cruce de fronteras⁶⁴, no supondrá la exención de la obligación de identificación personal, ya que toda persona, sea nacional de un Estado Miembro de la CEE o de Terceros Estados, se verá obligada a estar en posesión y portar la documentación

⁶⁴ Art. 2.1 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

necesaria que acredite su identidad, que deberá presentar cuando le sea requerido, aunque con la importante matización, de que esta documentación no deberá ser la exigida por la normativa española para la entrada de extranjeros, sino la documentación que acredite la personalidad conforme a la legislación nacional de cada persona⁶⁵. Medida de seguridad, dirigida a verificar y controlar la identidad de las personas que vayan a circular por el territorio español, que se interconecta⁶⁶, con la recogida en el Reglamento de la Ley de Extranjería, que obliga a todo extranjero a llevar consigo el pasaporte o documento con base al cual se hubiera efectuado la entrada en España y, en su caso, el premiso de residencia, así como ha exhibirlos "cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes, sin perjuicio de poder demostrar su identidad por cualquier otro medio si no lo llevara consigo"⁶⁷, obligación que, a su vez, se conecta con la establecida en el artículo 20 de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, de 21 de febrero de 1992, que recoge la obligatoriedad, tanto para nacionales como para extranjeros, de presentación de documentación acreditativa de la personalidad a los Agentes y Cuerpos de Seguridad "en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento", cuando el conocimiento de la identidad de las personas fuera necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que "a los agentes encomienda la

⁶⁵ Art. 2.3 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

⁶⁶ Art. 2. 3 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990: "La supresión del control de personas en las fronteras interiores no afectará ...,ni al ejercicio de las competencias de policía por las autoridades competentes en virtud de la legislación de cada Parte Contratante sobre el conjunto de su territorio".

⁶⁷ Art. 72 del R.D. 1119/1986.

presente ley y la Ley Orgánica de fuerzas y Cuerpos de Seguridad".

2.- Visados

El visado es una certificación extendida en el pasaporte, título de viaje o en documento aparte si no puede ser insertada en la documentación identificativa, del extranjero que desea entrar en un Estado, otorgada discrecionalmente por parte de la autoridades de éste, por el que se hace constar, que la identidad de su titular ha sido comprobada y que acredita ante el funcionario encargado del control, que no hay en principio inconveniente para que su titular pase la frontera, y pueda entrar en el Estado que lo expida⁶⁸.

El visado carece de independencia funcional, siendo complementario de las diversas técnicas de control o de limitación de las libertades públicas⁶⁹ y no es una autorización de entrada, pues su posesión, cuando es un requisito exigible no implica necesariamente que se haya de franquear la entrada⁷⁰, si bien, su falta, cuando sea una exigencia establecida por el ordenamiento jurídico de un país, impide la entrada legal del extranjero aunque cumpla todos los demás requisitos exigidos para la entrada⁷¹.

⁶⁸ Vid. A. MIAJA DE LA MUELA: Derecho Internacional Privado. Parte Especial, cit., p. 200; J. GONZALEZ CAMPOS : Derecho Internacional Privado, Parte Especial, cit., vol.1, p. 190; E. REALE: "Le problème des passeports" en «Recueil des Cours de la Academie de Droit International de la Haye», 1934, IV, T. 50, p. 92; J. M. SOUVIRON MORENILLA: Notas para una Ley de Extranjería, cit., p. 12.

⁶⁹ Vid. V. ESCUIN PALOP: Régimen Jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España, cit., p.21.

⁷⁰ En este sentido el art. 7.6 del R.D. 1119/1986.

En el momento actual, la presentación, por un extranjero -nacional de Terceros Estados⁷²⁻, del pasaporte o título de viaje válido ante el puesto fronterizo no es título suficiente para acceder al territorio español, pues como principio general será preciso que dicha documentación vaya acompañada del correspondiente visado, que será expedido por las representaciones diplomáticas o consulares españolas en el extranjero, y que habilitará al extranjero para presentarse en la frontera y solicitar la entrada en España⁷³.

El principio general de presentación de visado, impuesto por la Ley de Extranjería como requisito necesario para la entrada de extranjeros en España, supone una ruptura con el criterio tolerante, que al menos en lo que se refiere a entrada de extranjeros, mostraba la normativa aplicable anterior contenida en el Decreto 522/1974, que atribuía al visado un carácter excepcional, según se deduce de su artículo 6, inciso final "Los que necesiten las formalidades del visado deberán presentar este

⁷¹ Art. 11.4 de la Ley Orgánica 7/1985 y art. 5.2 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990. En la actualidad el visado ya no es un sello de caucho estampado en el pasaporte o documento similar, por razones de seguridad y control se ha adoptado el sistema de etiquetas autoadhesivas de modelo homologados. Son de cuatro tipos: Serie «R» de fondo rojo, para tránsitos y viajes de corta duración; Serie «Y», de fondo amarillo, para aquellos cuya personalidad es conocida y mantengan una relación estable con España; Serie «V», de fondo verde, para quienes se trasladan a España con el objeto de establecer su residencia en nuestro país y Serie «Z», de fondo azul, para personal diplomático y consular. Vid. V ESTRADA CARRILLO: Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería, cit., p. 135.

⁷² Los nacionales comunitarios están exentos de presentación de visado siempre y en cualquier situación, ya que sólo precisan presentar su documentación identificativa o pasaporte para entrar en España según establece el art. 5 del R.D. 766/1992.

⁷³ Arts. 12.2 de la Ley 7 /1985 y 5 del R.D. 1119/1986.

requisito efectuado por el representante diplomático o consular, que corresponda"⁷⁴.

La ruptura en la política de entrada de extranjeros, consecuencia del cambio de flujos migratorios derivados fundamentalmente de la inestabilidad política y económica latinoamericana y magrebí, que han hecho de España un país de inmigración, se verá aún más fortalecida por la entrada en vigor del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, que producirá, como veremos más adelante, un importante cambio en la política de visados a seguir por el Estado español, y que obligará a los nacionales de Terceros Países, como consecuencia del fortalecimiento de fronteras exteriores, a someter su entrada en el espacio común, a la obtención de un visado uniforme, expedido por el Estado Parte en que se solicite la entrada.

La concesión del visado por las autoridades española, que se hará atendiendo "al interés del Estado español y de sus nacionales", tiene carácter discrecional, como se deduce del propio texto de la Ley, que dispone "la denegación del visado no tendrá que estar motivada"⁷⁵, lo que confirma su carácter de atributo de la Soberanía del Estado, más que ser la expresión de un Derecho o de una Libertad de los individuos⁷⁶.

⁷⁴ M. RAMOS QUINTANA: El trabajo de los extranjeros en España, cit., p.40.

⁷⁵ Art. 12. 3 de la Ley Orgánica 7/1985. En Francia desde el año 1979 hasta 1986 fué obligatorio motivar la denegación de visados, sin embargo la entrada en vigor de la Ley de 9 de septiembre de 1986 ha reforzado el poder discrecional de la Administración, al derogar algunos de los preceptos de la Ley relativa a la motivación de determinados actos administrativos (Ley nº 79-587 de 11 de junio de 1979), entre ellos los referentes a denegación de visados por la autoridades diplomáticas y consulares. Vid. «Recueils Périodique des Juris-Classeurs». 1987-4. Droit Administratif. nº142. Facs.235, p.8.

⁷⁶ Vid. D.TURPIN: "La Loi du 9 septembre 1986, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France", en «RCDIP». 1986, p.720.

Esta no necesidad de motivación, establecida por el artículo 12.3 de la Ley de Extranjería, que coloca al extranjero interesado en una situación de total indefensión para impugnar la resolución denegatoria, atenta contra el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizado en el artículo 9.3º de la Constitución⁷⁷, principio que, conforme a la mejor doctrina, al ser "una evidente idea matriz del ordenamiento, remite inmediatamente, por ello mismo, al plano del valor de la justicia material, expresa con acierto que se trata de un auténtico control del fondo, que se contrapone sistemáticamente al control formal del respeto a la competencia, al procedimiento y al mero

⁷⁷ La incorporación del principio de interdicción de la arbitrariedad al texto constitucional tiene lugar en la tramitación del Proyecto en el Senado, al ser aceptada la enmienda presentada por el Profesor y Senador Lorenzo MARTIN-RETORTILLO BAQUER, justificada en el argumento de que "ya que se incluyen tan importantes principios vale la pena aprovechar para dar cabida al de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, desarrollado por la doctrina, asimilado por la jurisprudencia y que puede surtir beneficiosos efectos a la hora de informar la actuación de todo el aparato público". En la defensa de la enmienda el Profesor y Senador argumentó: "Es una bonita concreción que trabajosamente ha ido construyéndose, que ha avanzado, que ha ganado carta de naturaleza en la doctrina jurídico-política de estos últimos años y que se afianzó como obra de colaboración entre autores y tribunales, entre estudiosos y la jurisprudencia. Principio, valor, llámesele como se llame, de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, cuyo peso, cuya importancia, cuya entidad en la actual sociedad es enorme y tiene una influencia y una trascendencia ciertamente decisivas. Amplio poder, sí, pero que se sepa que, al ejercerlo, la libertad que se concede de realización impide en todo caso la arbitrariedad". "Se abastece así una pieza más en los delicados mecanismos de control. Cuando los Tribunales, cuando los diversos órganos jurisdiccionales, cuando también el Parlamento hayan de enfrentarse con la actuación futura, que se sepa con claridad que está presente este principio de que los poderes públicos no actuarán arbitrariamente, lo que significa que no podrán adoptar decisiones desiguales ante situaciones diversas también..." Vid. Constitución Española. Trabajos Parlamentarios, cit, Vol. III, pp. 2665 y 3139-3140 y L. MARTIN-RETORTILLO BAQUER: Materiales para una Constitución, cit., pp. 54 - 70.

orden jerárquico de las normas"⁷⁸ y que lo que "condena es justamente, la falta de un fundamento objetivo; la Constitución no admite que el Poder Público, en cualquiera de sus expresiones se ejerza por la sólo voluntad del agente o por su capricho, simplemente, exige que en cualquier decisión del poder público se hagan presentes los valores superiores del ordenamiento jurídico que formula su artículo 1º, como los menores, presentes cada uno en las distintas ramas del Derecho y en todas y cada una de sus instituciones. Si nuestro Estado es un Estado de Derecho, el Derecho y no el capricho del gobernante (él opera en cuanto tal como agente del Derecho) debe dominar la totalidad de sus decisiones"⁷⁹.

Este principio de interdicción de la arbitrariedad obliga, por lo tanto al poder administrativo, en un Estado de Derecho "a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fué creado, a justificar su

⁷⁸ E. GARCIA DE ENTERRIA "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria" en «RAP», nº 30 (1959), p.160 y en el libro Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial, Madrid 1970, p. 226; F. GARRIDO FALLA en su "Comentario al art. 9.3 de la Constitución", en La Constitución Española, cit., p. 170, señala que esta expresión "representa una forma muy personal, y ciertamente elegante de referirse al control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa", aunque recuerda que la doctrina alemana identifica la prohibición de arbitrariedad con el contenido del principio de igualdad ante la Ley, estimación en alguna medida fuera lugar, por haber sido ya apreciada por el Prof. GARCIA DE ENTERRIA en su recensión a G. LEIBHOLZ: Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf Rechtsvergleichender und Rechtsphilosophischer Grundlage, en «RAP», nº 29 (1959), p. 449.

⁷⁹ Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA: "¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota" en «RAP», nº 124 (1991), p. 225, a propósito del trabajo del Profesor RUBIO LLORENTE: "Juez y Ley desde el punto de vista del principio de igualdad", en el libro colectivo: El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa, Madrid 1990.

ejercicio y a justificar también su conformidad a la Ley y al Derecho⁸⁰, justificación que no puede ser otra, en especial cuando se trate de actos discrecionales, que de la necesaria motivación de estos actos, ya que la "justificación de la decisión administrativa misma no constituye un trámite justificativo del trámite mismo"⁸¹.

Esta exigencia de motivación de los actos discrecionales, que ha sido justificada por la doctrina⁸² desde los siguientes razonamientos: dar al afectado adecuado conocimiento de las razones que fundan el acto, aportar la necesaria precisión al contenido del acto, contribuir a la comprensión e interpretación del acto, permitir a la colectividad social conocer las razones del actuar administrativo y evitar actuaciones de las Administraciones Públicas carentes de fundamento, servirá como instrumento de control, como instrumento de interpretación y como garantía del particular⁸³, de tal manera, que "la motivación de la decisión permitirá marcar la diferencia entre lo discrecional y lo

⁸⁰ Vid. T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ: "Arbitrariedad y discrecionalidad" en Estudios sobre la Constitución Española, Estudios Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, T. III, La Corona. Las Cortes Generales. Del Gobierno y de la Administración Pública, Madrid, 1991, p.2999-2300 y también en Cuadernos Civitas: Arbitrariedad y discrecionalidad, Madrid, 1991.

⁸¹ Vid. A. ROMANO TASSONE: Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità, Milano 1987, p. 40.

⁸² Vid. J. L. DE LA VALLINA VELARDE: La motivación del acto administrativo, Madrid, 1967, pp. 75-76; J. GONZALEZ PEREZ: Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo, Madrid, 1988, pp. 284-286 y S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER: "El exceso de poder como vicio del acto administrativo", en «RAP», 1957, nº 23, pp. 127-128.

⁸³ Vid. M.S. GIANNINI: "Motivazione" (Atto amministrativo), en Enciclopedia del Diritto, Vol. XXVII, Milano, 1977, p. 262.

arbitrario"⁸⁴. Por ello, es preciso situar el planteamiento restrictivo y preconstitucional del artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo en el ámbito del artículo 105 c) de la Constitución, que, a diferencia de la audiencia del ciudadano y del acceso de los ciudadanos a archivos y registros recogidos en los puntos a) y b) del mismo artículo, consagra la necesidad de procedimiento para la producción de los actos administrativos, objetivado, abstraído de toda referencia subjetiva y personalizado desde el concepto de interesado, objetivación del procedimiento, que desde el artículo 106 de la Constitución, exige el sometimiento a los fines que justifican la acción administrativa, que para ser controlada, constitucionalizada la desviación de poder⁸⁵, precisará de la motivación de los actos discrecionales.

Exigencia que hace necesaria, como la doctrina ha demandado y la jurisprudencia ha avanzado con los condicionantes de su propia metodología, la ampliación de los supuestos de motivación de los actos administrativos, de tal manera, que se incluyan los actos que resultan del ejercicio de un poder discrecional, pues son éstos y no los reglados los que la requieren en mayor medida. Exigencia, confirmada por el Tribunal Constitucional, que ha mantenido criterios particularmente claros de necesidad de motivación de los actos administrativos que restrinjan Derechos Fundamentales, al considerar que "cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial convalidación y el hecho o

⁸⁴ Vid. T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ: "Arbitrariedad y discrecionalidad" en Estudios sobre la Constitución Española, Estudios Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, T. III, cit., p. 2298.

⁸⁵ Relativizando los fines distintos del ordenamiento jurídico (art. 83.2 LJCA). Vid. C. CHINCHILLA: La desviación de poder, Madrid, 1989, p. 30-31.

conjunto de hechos que justifican debe explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó⁸⁶, debiendo justificar su actuación la Administración mediante la motivación de sus actos que debiera "realizarse con la amplitud necesaria para el debido conocimiento de los interesados y su posterior defensa de derechos"⁸⁷, siendo, por lo tanto, considerada por el Tribunal Constitucional, la motivación de los actos administrativos que afecten a Derechos Fundamentales, como una garantía elemental del derecho a la defensa, incluida en el haz de facultades que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en Derecho⁸⁸.

El Proyecto de Ley de Bases de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁸⁹, incorpora algunos de los aspectos sugeridos por la doctrina e inducidos por la jurisprudencia, si bien mantiene un criterio que se distancia de la cláusula general de motivación de los actos administrativos, aunque la previsión del Proyecto de Ley, al disponer la necesaria motivación de los

⁸⁶ Fto. Jco XVI, STC de 17 de julio de 1981, Magistrado Ponente: Sr. DIEZ PICAZO. Jurisprudencia Constitucional I, p. 141.

⁸⁷ Fto. Jco. 6, STC 36/1982, de 16 de junio. Magistrado Ponente: Sr. ESCUDERO DEL CORRAL. Jurisprudencia Constitucional III, p. 438.

⁸⁸ Vid. T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ: "Arbitrariedad y discrecionalidad" en Estudios sobre la Constitución Española, Estudios Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, T. III, cit., p. 2299.

⁸⁹ Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOC, 4 de marzo de 1992, Congreso de los Diputados, Serie A, Nº 82-1).

actos dictados en ejercicio de las facultades discrecionales⁹⁰, obligará a que las resoluciones adoptadas en virtud de las facultades discrecionales otorgadas a la Administración en el ámbito de la Legislación de Extranjería seán necesariamente motivadas, pues incorpora un nuevo punto de referencia, en el que, como principio base de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, debe anular la excepción establecida por la normativa sobre extranjería, sin conceder beligerancia al procedimiento especial excepcionador⁹¹ en aras de la voluntad de integrar en premisas jurídicas toda actuación pública.

⁹⁰ Art. 52 g) del Proyecto de Ley citado.

⁹¹ El Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, relativiza la dualidad procedimiento general-procedimiento especial, pareciendo mostrar sensibilidad a las propuestas doctrinales que ha defendido la entidad y sustantividad del procedimiento administrativo común. Vid. la autorizada opinión del Prof. GONZALEZ NAVARRO, que relativiza esta categoría conceptual del procedimiento especial al estimar que el Título IV de la LPA de 1958, contiene un mero arsenal de instrumentos de procedimiento a disposición del instructor, que los utilizará conforme al mandato de la norma aplicable (cuando el procedimiento esté formalizado en todo o en parte) o de acuerdo con las conveniencias de cada caso (en los restantes supuestos), con especial claridad se expresa el apartado V del párrafo 2º de la propia Ley. Aprecia, asimismo, la imposibilidad de concebir un único procedimiento general -que absorba la mayor parte de los casos- al que servirán de cohorte una serie más o menos larga de procedimientos especiales, y estima que la distinción entre procedimiento común y procedimiento especial es de segundo grado y sólo tiene sentido en relación a un procedimiento formalizado. Vid. F. GONZALEZ NAVARRO: "Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos", Administración y Constitución, Estudios Homenaje al Profesor Mesa Moles, Madrid 1981, pp. 351, 354, 357-360 y 387. Esta misma posición doctrinal es mantenida por el Prof. GONZALEZ PEREZ en sus obras: Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo, Madrid 1988, 2ª edic. p. 105 y "La revisión de la Ley de Procedimiento Administrativo", en Libro Homenaje al Profesor Villar Palasí, Madrid, 1989, p. 361.

El principio general de obligatoriedad de visado es matizado, por la propia Ley de Extranjería y su Reglamento, que excepcionan determinadas situaciones de la obligatoriedad de presentación de visado⁹² y que, además, conceden a las autoridades gubernativas⁹³, la facultad de eximir a un extranjero de la obligación de presentar visado, cuando existan circunstancias excepcionales que lo justifiquen⁹⁴, otorgando, con ello, un amplio margen de apreciación a las autoridades gubernativas, para determinar si existen o no estas circunstancias excepcionales.

La concesión de esta facultad de exención de visados a las autoridades gubernativas, dependientes del Ministerio del Interior, cuando la Ley, como norma general, a quien faculta para la concesión de visados es a las embajadas o consulados españoles, dependientes del Ministerio de Asuntos Exteriores -dado que los visados han de solicitarse desde el extranjero y no cuando ya se ha producido la entrada en territorio español- nos permite deducir que, la facultad concedida por la Ley al Ministerio del Interior, afecta a extranjeros que ya se encuentran en España y que solicitan el visado por motivos excepcionales, no

⁹² Arts. 12.4 Ley Orgánica 7/1985 y 5.2 y 3 del R.D. 1119/1986.

⁹³ Las Oficinas Unicas de Extranjeros de cada provincia serán las encargadas de la tramitación de exenciones de visado, elevando a las autoridades competentes la propuesta de resolución, art. 3 a) del R.D 1521/1991, de 11 de octubre.

⁹⁴ El art. 12.4 de la Ley Orgánica 7/1985, establece la habilitación general al Ministerio de Interior para autorizar la entrada, tránsito o "permanecia" en territorio español a los extranjeros con documentación defectuosa o incluso sin ella, siempre que medie causa suficiente; el art. 5.4 del R.D. 1119/1986, faculta a las autoridades gubernativas, para la exención de visados de estancia, si existiesen razones excepcionales y el art. 22.3 del R.D. 1119/1986, faculta a las autoridades gubernativas para eximir al solicitante de permiso de residencia, sin actividad lucrativa, de la "presentación", junto con otros documentos, del visado de residencia, cuando existan razones excepcionales que lo justifiquen.

relacionados con la petición de asilo y refugio⁹⁵, con objeto de permanecer en ella. Es en este supuesto, cuando el Ministerio del Interior podrá ejercer sus facultades discrecionales para eximir de la obligatoriedad de visado, teniendo en cuenta las existencia o no de razones excepcionales, caso que, en coherencia con la referida exigencia de motivar el ejercicio de potestades discrecionales, debe ser objeto de expresa motivación⁹⁶.

El problema se plantea a la hora de determinar que razones se

⁹⁵ Cuya especial situación es regulada por la Ley de Asilo y condición de refugiado, de 26 de marzo de 1984 (BOE 27 de marzo).

⁹⁶ La necesidad de motivación de la denegación de exención de visado ha sido exigida por el Tribunal Supremo, en STS de 13 de junio de 1991. Magistrado Ponente: Sr. RODRIGUEZ-ZAPATERO, (RAJ 5285) y 24 de septiembre de 1991. Magistrado Ponente: Sr. RODRIGUEZ-ZAPATERO, (RAJ 6865), aún cuando las solicitudes de exención de visado no fueron presentadas ante las autoridades competentes dependientes del Ministerio del Interior, sino ante el Ministerio de Asuntos Exteriores. La motivación es exigida por el Tribunal que declara la nulidad de las actuaciones administrativas y obliga a retrotraer las actuaciones al momento de la solicitud inicial y reconoce a ambos interesados el derecho a que su instancia sea tramitada conforme a Derecho, con todas las garantías, sin obligarles a salir de España para solicitar el visado (como pretendía el acto denegatorio). Ambas Sentencias, muy similares entre sí, fundamentan su decisión en que en los casos de autos no es aplicable la previsión legal del art. 12.3 de la Ley de Extranjería (no necesidad de motivar denegación de visados), ya que a ambos extranjeros se les había permitido cruzar el umbral de nuestro ordenamiento jurídico, pues se les había permitido generar una serie de intereses y relaciones (en un supuesto, había trabajado como músico y en el otro, había convalidado su licenciatura de Derecho, se había incorporado al Colegio de Abogados, y había adquirido un inmueble), que obligan a reconocer la plenitud del derechos a la tutela efectiva de las autoridades administrativas y judiciales españolas, en virtud de lo dispuesto en el art. 29.2 de la Ley de Extranjería, por lo que la actuación de las autoridades del Ministerio de Asuntos Exteriores, que no habían hecho constar ningún motivo o causa por el que se niega esa exención, a pesar de no ser teóricamente competentes, habían causado la indefensión de los interesados.

pueden considerar excepcionales y en base a que criterios la Administración puede conceder la exención de visado, dadas las consecuencias derivadas de la obtención de esta exención, que implican la posibilidad de iniciar, por parte del extranjero, los trámites para la obtención de un permiso de residencia o de residencia y trabajo.

Tales "razones excepcionales" han sido reconducidas por el Tribunal Supremo, a un concepto jurídico indeterminado, que «ha de ser integrado discrecionalmente por la autoridad competente, en base a las circunstancias concurrentes en cada caso contemplado, pero siempre se ha de tener en cuenta, en aras del interés público nacional, que tales circunstancias o razones no pueden tener el carácter de simple conveniencia, utilidad o importancia, sino que en todo caso ha de valorarse la real excepcionalidad de los motivos que puedan dar lugar a la dispensa de tal obligación»⁹⁷, al considerar que «en la apreciación de la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen lo que es una derogación individual del requisito general de autorización previa o visado ha de reconocerse un razonable margen de discrecionalidad a la Administración y a sus potestades de policía en materia de extranjeros, que si bien es fiscalizable en sede jurisdiccional no lo es sino con base a una probada aseveración de que aquella no ha apreciado debidamente los hechos determinantes o ha introducido en la apreciación de las mismas elementos que desvirtúan el fin de interés público que el Ordenamiento sectorial le señala», interés público que el artículo 12.3 de la Ley de Extranjería, concreta con carácter general para la concesión de visados en "el interés del Estado español y sus nacionales"⁹⁸.

⁹⁷ Fto. Jco. 4º, STS de 22 de febrero de 1991. Magistrado Ponente: Sr. SANZ BAYON (RAJ 1504).

⁹⁸ Fto. Jco. 2º, STS de 30 de mayo de 1991. Magistrado Ponente: Sr. GARCIA MANZANO, (RAJ 3905).

Apreciación de los hechos determinantes, que el Tribunal Supremo considera adecuada, por parte de las autoridades gubernativas, cuando deniegan la exención de visado a un nacional filipino, que alega la cualidad de hijo de españoles, y que acredita medios económicos suficientes y el desarrollo de una actividad mercantil, cuando se conjugan con la existencia de cuatro denuncias por malversación de fondos, estafa y talón sin fondos, con condena penal en un caso⁹⁹, así como en el supuesto de un nacional marroquí, que alega como razón de exención del visado, la falta de medios económicos para desplazarse a su país para obtener el visado necesario para residir en España, cuando el interesado tiene unos ingresos mensuales de 35.000 pts obtenidos en trabajo no estable¹⁰⁰, lo que en realidad constituiría motivo suficiente, para las autoridades españolas, a efectos de la denegación de permiso de residencia y trabajo, para cuya obtención solicita la exención de visado. En ambas Sentencias se estima que la facultad concedida por la Ley a las autoridades gubernativas había sido correctamente ejercitada y ajustada a derecho.

La facultad de apreciación de las circunstancias excepcionales, no la considera el Tribunal ejercitada correctamente en el supuesto de una subdita argentina en posesión del correspondiente pasaporte, habiéndosele concedido permiso de estancia en España y prórroga en diversas fechas, teniendo su padre y hermana la nacionalidad española desde 1983, siendo el primero propietario de un restaurante en Valencia, en el que trabaja la solicitante de la exención de visado, que convive con un subdito español, que ha manifestado su intención de contraer matri-

⁹⁹ STS de 22 de febrero de 1991, cit.

¹⁰⁰ STS de 30 de mayo de 1991, cit.

monio y, por último, carecer de cualquier clase de antecedentes desfavorables, circunstancias todas ellas, que al no sopesarse adecuadamente por parte de la Administración al denegarse la exención de visado, vulneran «el derecho a la permanencia en el territorio español como consecuencia de lo establecido en los artículos 19 y 13 de la Constitución en relación con el artículo 4 de la expresada Ley orgánica»¹⁰¹.

Del contenido de estas Sentencias podemos extraer la conclusión de que el Tribunal Supremo realiza una interpretación restrictiva del precepto, al estimar, que la facultad concedida por la Ley al Ministerio del Interior para eximir de la obligatoriedad de presentación de visado, por razones excepcionales, ha de considerarse, no una potestad reglada, sino un concepto jurídico indeterminado, que ha de ser integrado discrecionalmente por la Administración atendiendo a las circunstancias concretas del caso, si bien con la ponderación de la existencia real de razones de excepcionalidad y, teniendo siempre en cuenta, como finalidad última, el interés del Estado español y de sus nacionales. Este condicionamiento de las facultades discrecionales de las autoridades del Ministerio del Interior impone una interpretación, que impedirá la obtención de la dispensa del visado cuando los extranjeros aleguen como únicas circunstancias excepcionales, bien la carencia de medios económicos para desplazarse al extranjero y solicitar el visado o bien su permanencia durante años en territorio español trabajando en situación de ilegalidad, en contra de opiniones autorizadas, que consideran que la exención de visados sería el sistema adecuado para proceder a la regularización de estos extranjeros¹⁰².

¹⁰¹ Vid. STS de 18 de mayo de 1988, Magistrado Ponente : Sr: GONZALEZ MALLO (RAJ 4175).

¹⁰² J.M. PAZ RUBIO: "Notas sobre extranjería", en Bicentenario de la Audiencia Terri-

a) - Clases de visados.

Existen diversas clases de visados dependiendo de su duración o de los motivos por los que se solicite o expida.

1) Visado de estancia.

El visado de estancia es el que se concede para entrar y permanecer en España durante menos de noventa días por motivos de viaje, estudio o turismo. Este visado puede ser de diversos tipos atendiendo a su duración y al objeto de entrada en España. Cuando se desee atravesar el territorio nacional en viaje de menos de siete días, se solicitará el visado de tránsito o de doble tránsito. Si se desea estar en España durante un período inferior a treinta días y con un finalidad concreta, se solicitará el visado limitado. Cuando, con estas mismas condiciones, un determinado número de personas formen un grupo y participen en un viaje organizado, solicitarán un visado colectivo. Si se pretende permanecer en España un máximo de noventa días se pedirá un visado ordinario, que cuando autoriza a varias entradas y salidas se denominará visado multiple¹⁰³. A las personas adscritas a una embajada, oficina consular u organización internacional se le concederá un visado de cortesía que se extenderá sobre el pasaporte diplomático, consular o de servicio,¹⁰⁴ cuya torial de Cáceres, «Poder Judicial», nº especial XVI (1990), p.121.

¹⁰³ Art. 6 del R.D.1119/1986.

¹⁰⁴ Visado que se expedirá a las personas señaladas en el artículo 2 de la Ley Orgánica 7/198, como señala el artículo 6.5 del R.D.1119/1986.

prórroga será concedida por el Ministerio de Asuntos Exteriores¹⁰⁵.

La solicitud de visado de estancia deberá formalizarse¹⁰⁶ ante la representación diplomática u oficina consular española dentro de cuya demarcación resida el extranjero interesado¹⁰⁷. Para su concesión, las autoridades competentes deberán comprobar como paso previo a su tramitación, si el extranjero está incluido en la lista de personas que tienen prohibida su entrada en España, que la Dirección General de Policía deberá remitirles de manera periódica¹⁰⁸, además de requerir, cuando así

¹⁰⁵ Art. 6.6 del R.D. 1119/1986.

¹⁰⁶ La solicitud de visado de estancia deberá presentarse en un impreso oficial debidamente cumplimentado y por triplicado, acompañado del pasaporte o título de viaje y de la documentación fotográfica acreditativa (art. 8.1 del R.D. 1119/1986).

¹⁰⁷ Art. 8.4 del R.D. 1119/1986, no obstante si la solicitud es para un visado de estancia de menos de treinta días, se podrá presentar ante la representación diplomática u oficina consular distinta a la que le corresponda de acuerdo con su residencia oficial, justificando las causas que lo motivan.

¹⁰⁸ Art. 9.4 del R.D. 1119/1986 en relación con el art. 14.1 del propio Real Decreto que determinará que tendrán prohibida su entrada en España los extranjeros: a) que hayan sido expulsados de España, dentro del plazo que se hubiere determinado en la orden de expulsión; b) que encontrándose fuera de España, se hallen incurso en el supuesto tipificado como c) "Estar implicado en actividades contrarias al orden público o la seguridad interior o exterior del Estado o realizar actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países", o tipificado como d) "Haber sido condenados dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados", del art. 26. 1 de la Ley de Extranjería; c) que por conductos diplomáticos, a través de la Interpol o cualquier otro medio de cooperación internacional, judicial o policial se tenga conocimiento de que se encuentren reclamados en relación a causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por la autoridades judiciales o policiales de otro país; d) que por sus actividades contrarias a los intereses españoles, a los derechos humanos o por sus notorias

lo estimen conveniente, la documentación que acredite la finalidad del viaje, los medios económicos con los que cuenta para financiar su estancia y sus referencias en España¹⁰⁹, debiendo comprobar, asimismo, antes de su expedición sobre pasaporte válido, título de viaje o documento aparte¹¹⁰, que la vigencia del visado no sea superior a la del pasaporte, al objeto de permitir su vuelta al país de origen o un tercer país¹¹¹.

En principio, todo extranjero que pretenda entrar en España deberá presentar el correspondiente visado de estancia junto con su documentación identificativa, sin embargo, este principio general queda derogado en determinados supuestos reglados establecidos por la normativa vigente¹¹², que exime de esta obligación a los extranjeros menores de 14 años; a los nacionales de Estados con el que se hubiera acordado la supresión de visados¹¹³; a los extranjeros que tengan la conexiones con organizaciones delictivas, nacionales o internacionales hayan sido objeto de prohibición expresa, en virtud de resoluciones del Director de la Seguridad del Estado. (Art. 14. 2 del R.D. 1119/1986).

¹⁰⁹ Art. 8.2 del R.D. 1119/1986.

¹¹⁰ Art. 10.1 del R. D. 1119/1986. En todo caso la diligencia de concesión del visado deberá indicar: el tipo de visado, la finalidad del viaje, el plazo de presentación en la frontera, con indicación de la fecha de caducidad, el plazo previsto de permanencia en España y la fecha de expedición. (Art. 10.2 del R.D.1119/1986).

¹¹¹ Art. 10. 3 del R.D. 1119/1986.

¹¹² Art. 5.2 del R.D. 1119/1986.

¹¹³ España ha firmado Acuerdos de supresión de visados con diversos Estados, estos Acuerdos a su vez son de distinto tipo, en unos se suprime la necesidad de visado para pasaportes diplomáticos u oficiales como son los Acuerdos con la Santa Sede, hechos por Canje de

condición de refugiados y estén documentados como tales por países

Notas de 24 de octubre y 8 de noviembre de 1978 y 9 de enero de 1979, que entraron en vigor el 10 de marzo de 1979; Canje de Notas con Filipinas de 4 de julio de 1962, que entró en vigor el 1 de agosto de 1962; Canje de Notas con Guatemala de 15 de noviembre de 1971, que entró en vigor el 7 de septiembre de 1973; Canje de Notas con Venezuela de 16 de febrero de 1973, entró en vigor el 16 de febrero de 1973; Canje de Notas con Panamá de 6 y 9 de diciembre de 1965 y Canje de Notas con Méjico de 17 de abril de 1989, que entró en vigor el 31 de diciembre de 1990. Existen además otros Acuerdos, por otra parte los más numerosos, que suprimen el visado obligatorio para estancias inferiores a tres meses siempre y cuando no se realicen actividades lucrativas de ningún tipo: Canje de Notas con Perú, de 14 de abril de 1959; Canje de Notas con Chile, de 22 y 25 de abril de 1959; Canje de Notas con Paraguay, de 25 de junio de 1959; Canje de Notas con El Salvador, de 18 de noviembre de 1959; Canje de Notas con Canadá, de 18 de diciembre de 1959; Canje de Notas con Argentina, de 8 de julio de 1960; Canje de Notas con Honduras, de 30 de junio de 1961; Canje de Notas con Uruguay, de 18 de diciembre de 1961; Canje de Notas con Japón, de 16 de marzo de 1965; Canje de Notas con Brasil, de 12 de agosto de 1965; Canje de Notas con Panamá, de 18 de noviembre de 1965; Canje de Notas con Gambia, de 9 y 10 de junio de 1966; Canje de Notas con Costa Rica, de 30 de abril de 1966; Canje de Notas con Ecuador, de 30 de octubre de 1966; Canje de Notas con Colombia, de 26 de mayo de 1961; Canje de Notas con Bolivia, de 26 de marzo de 1962; Canje de Notas con la Republica Dominicana, de 27 de septiembre de 1966; Canje de Notas con Guatemala, de 16 de octubre de 1968; de 7 de octubre de 1970; Canje de Notas con Corea, de 8 de marzo de 1972; Canje de Notas con Singapur, de 4 y 11 de enero de 1971; Canje de Notas con Méjico, de 14 de octubre de 1971; Canje de Notas con Yugoslavia, de 3 de marzo de 1978. Todos estos Acuerdos o Canjes de Notas para supresión de visados tienen dos características comunes, la primera, directamente relacionada con la vigencia del Acuerdo y que se refiere a la inclusión de una cláusula, mediante la cual los respectivos Estados se reservan el derecho a la suspensión temporal del Acuerdo y su posible denuncia y, la segunda, que afecta a su forma, ya que fueron publicados en el Boletín Oficial del Estado en el año 1982. A estos Acuerdos y como consecuencia de la reconversión política de los "países del Este" hay que añadir el Canje de Notas con Hungría de 12 de julio de 1990 (BOE 17 de septiembre), aunque se aplica provisionalmente desde el 20 de julio de 1990; Canje de Notas con Checoslovaquia de 12 de diciembre de 1990 (BOE 11 de febrero 1991), aunque se aplica provisionalmente desde el 15 de diciembre de 1990. El Canje de Notas de 17 de septiembre de 1991 (BOE 6 de agosto de 1992) enmienda el Acuerdo entre España y EEUU de 21 de enero de 1952, y entró en vigor provisionalmente el 2 de octubre de 1991.

signatarios del Acuerdo 31, de 20 de abril de 1959; a los miembros de la tripulaciones de barcos extranjeros mientras dure su estancia en puerto cuando se hallen documentados con libreta naval; a los miembros de las tripulaciones de aviones comerciales, durante la escala del aparato; a los extranjeros residentes en zonas fronterizas con España, para estancias en localidades fronterizas españolas y, a los extranjeros que pretendan entrar en España para ayudar en caso de catástrofe o calamidad pública.

De la relación de supuestos de exención de visados, referentes, todos ellos, a situaciones muy concretas y particularizadas, destaca, de modo claro, la exención de visados de estancia para aquellos nacionales cuyos Estados hayan firmado con España Acuerdos bilaterales de supresión de visados, situación particular que permite hacer una importante matización y, es que, si bien es cierto que, dentro del ámbito Europeo (Consejo de Europa), y, más aún, en el seno de la Comunidad Económica Europea, cada vez existen menos barreras de entrada, también hay que señalar, que respecto a Terceros Países, excepción hecha de los países industrializados, lease Estados Unidos de América del Norte¹¹⁴, Canadá y Japón, aumenta la tendencia a exigir la presentación de visado en vez de disminuir, debido a los problemas vinculados al terrorismo¹¹⁵, el narco-

¹¹⁴ Con EEUU se daba la paradójica situación hasta la firma del Canje de Notas, de 16 de septiembre de 1991, que enmienda el Acuerdo de 21 de enero de 1952, de que los españoles, precisaban visado para entrar en EEUU, sea cual fuera su periodo de estancia, mientras que los ciudadanos norteamericanos que venían a España por un periodo inferior a los 90 días no lo precisaban. La firma del Canje de Notas de septiembre de 1991, que entró en vigor provisionalmente el 1º de octubre, establece la exención de visados para los españoles que pretendan entrar en EEUU por un periodo de 90 días, ya sea por motivos de turismo, negocios o tránsito.

¹¹⁵ Un claro ejemplo es el que se ha producido en Francia, que como consecuencia de los atentados terroristas sufridos el año 1986, ha vuelto a exigir el visado de entrada para

tráfico y también a los efectos de la crisis económica, que ha incrementado el paro y como consecuencia de ello los sentimientos xenófobos.

Situación coyuntural, también reflejada en España, que ha visto transformado, en los últimos años y debido a la presión demográfica, a la recesión económica internacional y a los problemas políticos latinoamericanos, su tradicional carácter de Estado emisor de emigrantes para convertirse en país de acogida de inmigrantes.

La transformación de los flujos de emigración-inmigración ha dado lugar a la supresión, por Real Decreto 1458/1991, de 11 de octubre¹¹⁶, de la antigua Dirección General del Instituto Español de Emigración, que ha sido sustituida por la Dirección General de Migraciones, produciéndose con ello, un cambio no sólo semántico, sino también de fondo, ya que responde a la necesidad de creación de un órgano que se encargue del

estancias menores de tres meses a todos los países excepto a los pertenecientes a la Comunidad Económica Europea y Suiza. En esta línea, la suspensión de Acuerdo para supresión de visado con Marruecos y Tunes a partir de 13 de octubre de 1986, J. O. de 18 de octubre de 1986, p. 12604. Suspensión de Acuerdo de suspensión de visados para estancias inferiores a tres meses con Argelia J.O. de 1 de noviembre de 1986, p.13157. Acuerdos de suspensión de supresión temporal de visados desde el 16 de septiembre de 1986 a las cero horas con: Argentina, Australia, Austria, Belice, Bolivia, Brasil, Brunei, Burkina-Faso, Canadá, Centroáfrica, Chipre, Colombia, Congo, Corea del Sur, Costa de Marfil, Djibuti, Estados Unidos de America del Norte, Finlandia, Gabón, Guatemala, Islandia, Israel, Japón, Malasia, Malí, Malta, Mauritania, Méjico, Niger, Noruega, Nueva Zelanda, Salvador, Senegal, Singapur, Suecia, Togo, Uruguay y Yugoslavia. Medida prolongada "sine die" mediante comunicado del Hotel Matignon en el que se anuncia que la situación hace necesaria mantener hasta nueva orden las disposiciones relativas a visados. Vid «RGDIP». 1987, pp. 948. Esta medida ha sido fuertemente criticada por el Parlamento Europeo por considerarla excesiva, DOCE nº C. 283/86.(DOC.B. 2-930/86, 10.11.86). También ha sido objeto de fuertes críticas por parte de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Vid. «RGDIP» 1988, pp. 391-392.

¹¹⁶ BOE 12 de octubre.

conjunto de las migraciones y en especial de la ejecución de la política activa de inmigración, desarrollando a tal efecto, Programas de actuación en favor de inmigrantes¹¹⁷, destinados a acelerar y favorecer la integración de estos inmigrantes en la sociedad española, a través de programas que favorezcan el conocimiento de la cultura y lengua española y autónoma, de programas de orientación y de formación profesional y de ayudas para la integración social de inmigrantes mediante convenios-programa.

Estas iniciativas, novedosas en nuestro marco jurídico, pero muy comunes en otras latitudes, aunque escasas y poco desarrolladas aún, son absolutamente necesarias en el momento actual, pues su efectivo desarrollo incidirá de manera positiva en la integración de estos trabajadores en nuestra sociedad, ya que la política sobre extranjería de un país no se puede basar, exclusivamente, en la aplicación del conjunto de normas destinadas al control de extranjeros¹¹⁸.

La transformación de las instituciones competentes en materia de ayuda y apoyo a los trabajadores migrantes no es la única consecuencia de los cambios de los flujos migratorios producidos en España, paralelamente, el Gobierno español ha denunciado varios Acuerdos bilaterales de supresión de visados con diversos Estados, que dada su

¹¹⁷ Orden de 9 de enero de 1991 (BOE 22 de enero).

¹¹⁸ El diseño organizativo y operativo de la Dirección General de Migraciones se adelanta, en este sentido, a las líneas que estima aconsejables el Dictamen sobre política de inmigración del Comité Económico y Social de la Comunidades Europeas de 28 de noviembre de 1991 (DOCE C 40 17.02. 92), que estima se debería llevar a cabo una política común de Inmigración, destinada a fomentar el desarrollo de los Estados Terceros y a fomentar en los inmigrantes ya instalados en la Comunidad programas de formación e incentivos a la inversión a fin de que vuelvan a su país dotados de técnicas básicas y conocimientos especializados de gestión.

situación social y económica podía preverse vieran en la emigración de sus nacionales la solución natural a parte de sus problemas¹¹⁹, de modo que aprovechando la ausencia del control de visado de estancia, entran, teóricamente, por periodo de corta duración y terminan engrosando las filas de los trabajadores ilegales.

Esta política de endurecimiento de los controles de entrada en España, llevada a cabo a través de la exigencia de visados de estancia para los nacionales de Estados menos desarrollados, se va a ver fortalecida aún más como consecuencia de la realización del Mercado Unico Europeo y de la entrada en vigor del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, que al establecer la supresión de controles en las fronteras interiores y permitir la libre circulación de nacionales de los Estados Miembros, exige como contrapartida el endurecimiento de las

¹¹⁹ España ha denunciado Acuerdos de supresión de visados con antiguas colonias británicas al hacerse éstas independientes y también los Acuerdos existentes con varios países africanos, alegando para ello la necesidad de adecuar la situación al nuevo concepto de política de extranjería surgida en España a raíz de la entrada en vigor de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de 1 de julio de 1985. Los países afectados han sido Belice, Trinidad-Tobago ambos mediante Resolución de 28 de enero de 1986 (BOE 6 de febrero); Bahamas, Santa Lucía, Isla Dominica, Islas Salomón, Tuvalu, Kiribati, Fidji y Uganda, mediante Resolución de 8 de julio de 1986 (BOE. 16 de julio); Barbados, mediante Resolución de 28 de agosto de 1986 (BOE.10 de septiembre 1986); Mauricio, mediante Resolución de 15 de septiembre 1986(BOE.27 de septiembre 1986); Jamaica, mediante Resolución de 19 de agosto de 1986 (BOE de 10 de septiembre de 1986), Islas Seychelles, aún en fase de tramitación parlamentaria (BOC, Serie C, Num. 245). Además de estas denuncias de Acuerdos de supresión de visados, España ha suspendido temporalmente varios Acuerdos de supresión de visados, por motivos políticos y económicos, como es el caso de Filipinas, suspendido a partir del 15 y 22 de junio de 1983 ; con Irán de 16 y 27 de noviembre de 1982 y 21 de abril de 1983, con Marruecos y Tunes a partir del 15 de mayo de 1991. Por otra parte España se ha visto afectada por las denuncias realizadas por otros países y que nos impiden entrar en ellos sin visado previo, este es el caso de Australia que denunció el Acuerdo de supresión de visado de 30 de junio de 1978 con justificación en la crisis económica australiana.

fronteras exteriores, con objeto de controlar la entrada de extranjeros provenientes de Terceros Estados, lo que obliga a redefinir la política sobre visados llevada a cabo por cada Estado, si se quiere participar en el desarrollo de un espacio común europeo.

España, con objeto de integrarse de manera plena en la Europa sin fronteras y de participar, desde el primer momento, en el establecimiento de espacio común sin fronteras diseñado por el Acuerdo de Schengen, ha debido reorientar su política de visados, pues su situación era vista por los Estados "veteranos" de la CEE con desconfianza, ya que consideraban que su tradicional política de "puertas abiertas", significaba, en realidad, que los nacionales de Terceros Estados utilizasen sus fronteras para acceder al resto de la CEE e instalarse en ella. La consecuencia de esta nueva postura ha sido el restablecimiento de visados para los nacionales de los Países del Magreb (Marruecos¹²⁰, Tunes, Argelia) y de Turquía¹²¹, a los que desde mayo y octubre 1991, respectivamente, se le exige la presentación de visado de estancia para la entrada en nuestro territorio¹²², medida que si bien ha producido una

¹²⁰ En contrapartida esta en preparación un Canje de Notas entre España y Marruecos, sobre gratuidad de visados entre España y Marruecos (BOC, 23 de diciembre de 1991, Congreso de los Diputados, Serie C, Nº 209).

¹²¹ A pesar de que Turquía es un Estado miembro del Consejo de Europa, desde 1976, "con carácter provisional", y tras una agria discusión en el seno del propio Consejo de Europa la mayoría de los Estados miembros exigen visado de estancia a los nacionales turcos para entrar en su territorio. Vid. Intervención del Diputado Sr. DEJARDIN en Actes du Colloque sur «les Droits de l'homme des étrangers» en Europe. Funchal, Madeira, octubre 1983. Conseil d'Europe. Strasburg. 1985, p.164-165.

¹²² La implantación de visado a los nacionales de Marruecos ha sido un tema largamente debatido en el seno del Gobierno español, pues su posición no era unánime, pues mientras en el Ministerio de Asuntos Exteriores eran contrarios a exigir el visado para evitar nuevas

disminución palpable en el número de ciudadanos magrebíes que han entrado en España, ha tenido también resultados trágicos, como no puede ser de otra manera dada la presión demográfica, social y económica que se vive especialmente en Marruecos, cuyas relaciones con España han sido definidas en el reciente Tratado de Amistad, Buena Vecindad y Cooperación, firmado en Rabat el 4 de julio de 1991¹²³, cuyo contenido si bien es puramente convencional, permite el desarrollo de posteriores Acuerdos de cooperación económica, que permitan potenciar el desarrollo de este territorio del Magreb.

El verdadero problema a resolver por parte de España, con vistas a su total incorporación al espacio único sin fronteras, es la implantación de visados para los nacionales de Estados latinoamericanos, que está condicionada por las tradicionales relaciones con estos países¹²⁴, cuyos fricciones, en el Ministerio del Interior, cuyos representantes son los que asisten al Comité de inmigración del Grupo TREVI, eran totalmente partidarios de este control efectivo que es la presentación de visado, señalando, para ello, que el Gobierno francés exige visado a los ciudadanos argelinos y marroquíes pese a los lazos históricos que les une, tesis finalmente aceptada por el Gobierno español, matizada por la circunstancia de que España no exigirá visados a aquellos ciudadanos magrebíes que presenten permisos de residencia de Estados miembros de la Comunidad.

¹²³ Tratado de Amistad, Buena Vecindad y Cooperación entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Rabat el 4 de julio de 1991, aún en fase de tramitación parlamentaria (BOC Congreso de los Diputados, Serie C, Num. 256).

¹²⁴ Los casos en litigio ante la futura exigencia de visados para entrar en la Comunidad europea no sólo los protagoniza España, los problemas empiezan con Austria, pues mientras la República Federal Alemana defiende su inclusión entre los países favorecidos, Francia se opone por miedo a que, a través de este país, se produzca una fuerte entrada de ciudadanos del Este; Alemania, asimismo, defiende la candidatura de Turquía, que no es fácil que prospere, en base a tener una frontera demasiado permeable y a su enfrentamiento con Grecia. La preocupación de cortar canales indirectos de inmigración también afecta a los países nórdicos de los que

nacionales pueden entrar sin visado en España, salvo en caso de los cubanos, entrada libre que, si en el caso de algunos países como Argentina y Costa Rica, no presentaría problemas y serían aceptados por la CEE, no es generalizable a países, como Bolivia, Colombia o Perú, que son firmemente rechazados como consecuencia del tráfico de drogas y, aunque el Ministerio de Asuntos Exteriores español, mantenga la tesis de que políticamente no se pueden hacer distinciones entre estos países latinoamericanos, todo parece señalar que, al final, tendrá que aceptar las restricciones, que por otra parte, ya han sido anunciadas por el Ministro del Interior, al señalar que, la armonización de política visados, necesaria para la consecución de una Europa sin fronteras, es perfectamente conjugable, en su opinión, con la Declaración de Guadalajara, pues la concesión de estos visados, otorgados por las embajadas y consulados españoles, servirán para circular por toda la Comunidad¹²⁵.

2) La armonización de la política de visados en la Comunidad Europea: El visado uniforme.

Los cambios en la política española en materia de visados, orientados por la necesaria armonización de todas las políticas internas en esta materia, al objeto de permitir la libre circulación de nacionales de los Estados miembros evitando a su vez la entrada indiscriminada de Dinamarca se hace garante, lo cual no ha evitado que en Comité se comente que en este caso habría que retranquear la frontera de la CEE desde suelo danés al territorio alemán.

¹²⁵ Remito a los datos aportados en la Comparecencia del Sr. Ministro del Interior ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso (BOC, Comisiones, año 1991, Nº. 365, pp.10793-10795).

extranjeros migrantes en busca de trabajo, se verán reforzados, tras la entrada en vigor del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, por la adopción de criterios homogéneos que se materializan en la creación de un visado uniforme, común a todos los Estados Parte y, en el establecimiento de una relación de Terceros Estados cuyos nacionales precisarán del visado uniforme para la entrada en el territorio común, que sólo admitirá excepciones, previa consulta y teniendo en cuenta los intereses de todos los Estados Parte, por motivos imperiosos de política nacional de un Estado parte, que exijan una decisión urgente¹²⁶.

Medidas que se complementan con la atribución al Comité Ejecutivo de competencias reglamentarias, de dirección del procedimiento y resolutorias, que le configuran como el órgano competente para establecer las normas destinadas a la normalización de los documentos de viaje admitidos y del procedimiento a seguir para la expedición de visados, así como, las dirigidas a la homologación de tasas¹²⁷ y las destinadas a establecer la compensación de desequilibrios financieros producidos por la aplicación de la política común de visados¹²⁸.

¹²⁶ Art. 9 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990. En principio parece claro que se eximirá de presentación de visado a países considerados "positivos", como son Canadá, Suiza, San Marino y Liechtenstein, cuyos nacionales no reúnen oposición alguna por parte de los Doce, así como Australia, Nueva Zelanda y Japón que, en principio, tampoco presentan problemas; en lo que se refiere a países "negativos", es decir a los que se les exigirá visado, aunque no existe una lista oficial, para evitar así fricciones y poder realizar las negociaciones políticas en marcha, parece estar integrada por unos cien países, entre los que se encuentran Cuba, Santo Domingo, por su pertenencia al Tratado de Lomé y, otros de alto riesgo migratorio, bien sea derivado de conflictos bélicos-religiosos o de una presión social y demográfica interna que alimenta la emigración clandestina con destino a Europa.

¹²⁷ Art. 17 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

¹²⁸ Art. 24 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

Atribución de competencias, que al centralizar la toma de decisiones subrayan el fuerte determinismo organizativo de los Estados Parte y que, junto a la aplicación de las nuevas medidas, supondrá, para España, el compromiso de no aplicar políticas de visados distintas a las establecidas por el Comité Ejecutivo, al objeto de conseguir un bloque monolítico que impida la entrada de nacionales de Terceros Estados no deseados y de permitir la libre circulación de nacionales comunitarios y de extranjeros autorizados entre fronteras internas, manteniendo las condiciones de seguridad y orden público actuales.

De entre las medidas adoptadas por el Convenio de aplicación, destaca como instrumento fundamental para la ejecución de la política común, la creación del visado uniforme, que sustituirá desde su entrada en vigor los visados de estancia de cada Estado Parte, entre ellos España, para quien no supondrá excesivos cambios de adaptación, una vez superado el escollo principal referente a la determinación de la relación de Terceros Estados cuyos nacionales precisen de este visado, ya que la actual normativa española sobre concesión de visados de estancia es muy restrictiva para los extranjeros provenientes de Terceros Países.

Este visado uniforme será un visado de estancia que podrán expedir cada uno de los Estados Parte, a los nacionales de los Terceros Estados incluidos en la "lista", por un periodo máximo de tres meses, pero que, a diferencia de los visados de estancia nacionales actualmente vigentes, permitirá a su titular la libre circulación por todo el territorio común durante ese periodo de tiempo, excepto cuando un Estado Parte limite su validez territorial a su propio territorio¹²⁹.

Este visado uniforme, a diferencia del actual visado de estancia

¹²⁹ Art. 10 del Convenio de aplicación de 19 de Junio de 1990.

español¹³⁰, podrá ser exclusivamente de dos tipos, un visado de viaje para una o varias entradas, sin que la duración de una estancia ininterrumpida o la total duración de varias estancias supere los tres meses por semestre y un visado de tránsito, que permita a su titular transitar una, dos o excepcionalmente varias veces por el territorio común, para dirigirse a un Tercer Estado, sin que la duración del tránsito pueda ser superior a cinco días¹³¹.

La concesión de visado uniforme a un nacional de un Tercer Estado, que lo precise para su entrada en el territorio común, estará condicionada al cumplimiento, por su parte, de una serie de condiciones generales, previamente establecidas en el artículo 5 del Convenio, que permitan garantizar que su conducta y solvencia económica no perturbarán el orden público, la seguridad nacional y las relaciones internacionales de los Estados Parte¹³², y que exigen al extranjero, estar en posesión de un documento de viaje válido; presentar documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de estancia prevista; disponer de los medios económicos adecuados para la subsistencia o estar en condiciones de obtenerlos legalmente; no estar incluido en la lista de no admisibles y no suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las

¹³⁰ Los visados de estancia españoles pueden ser: de tránsito, limitado, colectivo, ordinario o múltiple.

¹³¹ Art. 11 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990, que en su apartado 2º establece la excepción que permite, a cada Estado Parte, la concesión, por motivos de necesidad, de un visado limitado a su territorio una vez agotados los periodos de estancia del semestre señalado.

¹³² Art. 15 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990, aunque admitiéndose, que previa advertencia a los demás Estados Parte, un Estado Parte excepcione una de estas condiciones generales y expida un visado.

relaciones internacionales de uno de los Estados Parte.

La exigencia de cumplimiento de estas condiciones preestablecidas, presenta sin embargo serios problemas derivados de la falta de concreción sobre los criterios para determinar que medios económicos serán suficientes, que personas pueden ser incluidas en la lista de "no admisibles"¹³³ y cuales puedan suponer un peligro para el orden público o la seguridad nacional, así como a causa de la ausencia de medidas de control y recurso, que puedan ejercitar estos extranjeros cuando se les deniegue el visado.

La falta de criterios y de medidas de control y de recurso nos permite constatar que, las críticas vertidas por el Parlamento Europeo, en el sentido que el Acuerdo de Schengen pondría en peligro la protección jurídica y el derecho a la defensa de los extranjeros¹³⁴, eran ciertas, pues el establecimiento de medidas comunes en materia de entrada de extranjeros, sin criterios homogéneos de aplicación y sin medidas de control y recurso, además de permitir la aplicación de los criterios nacionales de entrada de cada Estado Parte y poner, por lo tanto, en entredicho la consecución de la política común, suponen una quiebra del principio de seguridad jurídica a la hora de aplicar el Acuerdo de Schengen, ya que en contra de lo perseguido, el extranjero se encontrará con múltiples criterios de admisión y con variadas posibilidades de

¹³³ En lo que se refiere a la lista de no admisibles, el Convenio, en su artículo 96, establece una serie de criterios para la inclusión en el Sistema de Información de Schengen (SIS), en base a los cuales se elaboran las bases de datos sobre extranjeros no admisibles, aunque con la fundamental precisión terminológica de "podrán basarse", lo que evidentemente significa la tácita admisión de otros criterios distintos, que conforme al art. 17 del Convenio deberán ser establecidos por el Comité Ejecutivo.

¹³⁴ Resolución de 23 de noviembre de 1989, puntos D y E (DOCE nº C 323, 27.12.89.).

recurso y control, dependiendo ante que Estado Parte deba solicitar el visado uniforme de entrada.

Será, por lo tanto, necesario que, el Comité Ejecutivo, en virtud de las facultades que el Convenio le atribuye, establezca unos criterios homogéneos para la concesión del visado uniforme y unos medios de control y recurso, que deberán hacerse en base a la integración de los distintos criterios nacionales con los principios democráticos y humanistas y no tomando como referencia el nivel establecido por el Estado Parte más restrictivo, como es lo más probable que se haga, intensificando con ello al máximo las restricciones a la entrada de extranjeros en busca de trabajo.

La ejecución de la política comun en materia de visados se llevará a cabo por las autoridades diplomáticas y consulares de los distintos Estados Parte, en base a un reparto competencial que tendrá como punto de referencia el Estado Parte que sea el destino principal del extranjero solicitante y si éste no puede determinarse, el Estado Parte de primera entrada¹³⁵.

La concesión y expedición de los visados, por las autoridades competentes, deberá supeditarse, al cumplimiento por parte de los extranjeros de los requisitos de entrada¹³⁶ y a un previo control de los documentos de viaje, que no podrán estar caducados, y que deberán tener un periodo de validez superior a la del visado, de tal modo, que permita el regreso del extranjero a su país de origen o a un tercer país¹³⁷. Este

¹³⁵ Art. 12.2 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

¹³⁶ Art. 15 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990, excepto en los supuestos previstos por el Comité Ejecutivo, en los que las autoridades diplomáticas deberán supeditar la concesión de visado a la consulta de la autoridad central española o de las autoridades centrales de los demás Estados Parte (art. 17 del Convenio de aplicación).

control se extiende al ámbito territorial de eficacia de los documentos de viaje, que impide expedir visado alguno sobre un documento de viaje que no sea válido para ninguno de los Estado Parte, aunque admitiéndose que si el documento de viaje es válido para un Estado Parte, éste pueda expedir y estampar un visado pero limitado a su territorio¹³⁸.

3) Visado de residencia.

Las reformas en la normativa española en materia de visados de estancia, tras la entrada en vigor del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, no serán extensibles a las disposiciones que regulan la concesión de visados de residencia, que se seguirán expediendo conforme a la legislación española, aunque su concesión permitirá, como efecto inducido de la medida de supresión de controles fronterizos, que su titular pueda transitar por el territorio de los demás Estados Parte, para dirigirse a España, siempre y cuando, además de poseer la documentación adecuada, no esté inscrito en la lista de no admisibles y su presencia no suponga un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales del Estado Parte por donde desee transitar¹³⁹.

La exclusión del visado de residencia de la política común aplicable una vez entrado en vigor el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, viene originada por el convencimiento de los Estado Parte de que el visado uniforme es instrumento adecuado para lucha contra la

¹³⁷ Art. 13 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

¹³⁸ Art. 14 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

¹³⁹ Art. 18 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

inmigración ilegal, ya que el extranjero, que solicite y obtenga un visado de residencia, ya tiene el visto bueno del Estado Parte que le concedió este visado, junto esta primera razón, existe otra vinculada a las necesidades de mano de obra barata, que en cada Estado Parte es distinta, por lo que cada Estado desea mantener dentro de su competencia exclusiva la admisión de estos extranjeros en su territorio. Sin embargo, esta situación presenta un problema añadido, como es que dadas las especiales vinculaciones de cada uno de los Estado Parte con otros Terceros Estados¹⁴⁰ y la diferente regulación, aunque en general restrictiva, para la concesión de este visado de residencia, se produzca la entrada de nacionales de Terceros Estados mediante un visado de residencia concedido por el Estado Parte más favorable en su caso y luego se produzca un desplazamiento de estos extranjeros por el territorio común en busca del Estado con unas condiciones de trabajo y residencia más favorables. Situación, que de producirse, necesariamente, deberá llevar a la adopción de una política de visados de residencia común.

Conforme a la normativa española cuando un extranjero desee trasladar su residencia a España solicitará el visado de residencia¹⁴¹. También deberán solicitar este mismo visado los extranjeros que,

¹⁴⁰ Como es el caso de los Turquía con Alemania, Argentina y Tunes con Italia, el Zaire con Bélgica. Vid. al respecto D. TURPIN: "La loi du 2 aout 1989 relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France. Ravaudage de la loi Pasqua ou esquisse d'une «nouvelle citoyenneté», en «RCDIP», nº 4 (1989), p.631.

¹⁴¹ Art. 7.1 del R.D.1119/1986. En Francia también es preciso solicitar un visado previo para poder residir en su territorio nacional desde la entrada en vigor de la Ley de 17 de julio de 1984, que modifica el artículo 13 del a Ordennance de 1945. También Belgica, como norma general, exige visado previo para estancias superiores a tres meses, conforme establece el artículo 9 de la Ley de 15 de diciembre de 1980 sobre entrada permanencia y salida de extranjeros. Vid. «Moniteur Belge», nº 253, de 31 de diciembre de 1980.

además de residir, deséen desarrollar una actividad lucrativa, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, independientemente del periodo de tiempo que vayan a residir en el territorio español¹⁴²

Podrán solicitar este visado de residencia por motivos de reagrupación familiar¹⁴³, el conyuge, los hijos menores de 18 años o mayores de edad dependientes de un español o un extranjero residente legal en España; los menores o incapacitados, cuyo representante legal sea un español o un extranjero residente en España y los ascendientes o descendientes de un español o de un extranjero residente legal en España¹⁴⁴, siempre que prueben su grado de parentesco y su dependencia

¹⁴² Antes de la entrada en vigor de la Ley de Extranjería hubo un intento de introducir la obligatoriedad de visado para los extranjeros que quisieran realizar una actividad lucrativa en España, para ello, mediante Circular nº 2896 de 26 de abril de 1978, se exigía un visado especial para los extranjeros que desearían permanecer más de noventa días en nuestro país, visado sin el cual no se admitía a trámite la solicitud de permiso de residencia y trabajo. Dicho requisito fue declarado improcedente por el Tribunal Supremo que, en Sentencias de 29 de septiembre (RAJ 1982, nº 5228) y 22 de octubre de 1982 (RAJ 1982, nº 6421), estimo la improcedencia de la inadmisibilidad a trámite de los permisos solicitados por los recurrentes, ya que consideró que la Circular cuya efectividad está limitada a la organización interna del servicio, interpretando el espíritu, aplicación y ejecución de las disposiciones, según el artículo 7 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no puede modificar sustancialmente el contenido de las mismas (en este caso los Decreto 1870/1968 de 27 de julio y 1874/1978 de 2 de junio que establecen los requisitos legales y las autoridades competentes para conceder o denegar los permisos de residencia y trabajo), como se pretendía con la Circular objeto de recurso, considerando que su tono menor (el de la Circular) no puede modificar el contenido de dichos Decretos y consecuentemente los requisitos necesarios para solicitar el permiso de residencia y trabajo. En este sentido "Nota" de M^{ra} T. ECHEZARRETA FERRER en «REDI». 1983, p.492.

¹⁴³ Que conforme a la Disposición Adicional tercera del R.D.1119/1986, tendrán tratamiento preferente y se tramitarán por el procedimiento de urgencia.

¹⁴⁴ Art. 7.1 del R.D. 1119/1986, deberán acreditar los solicitantes que se encuentran

económica.

La solicitud del visado de residencia se formalizará, al igual que el visado de estancia, presentando los documentos requeridos ante las representaciones diplomáticas u oficina consulares en cuya demarcación resida el extranjero solicitante.

Para su concesión, que deberá comunicarse a la Dirección General del Policía¹⁴⁵, el representante diplomático o el Jefe de la Oficina Consular, además de comprobar que el extranjero solicitante está en posesión de la documentación identificativa válida y no se encuentra en la lista de no admisibles, deberá valorar de manera especial la documentación sobre medios económicos, títulos académicos o profesionales del solicitante, así como la posibilidad de adaptarse a la vida española¹⁴⁶ y, en su caso, que el extranjero se encuentre en alguno de los supuestos de personas que puedan optar por permisos de residencia de larga duración¹⁴⁷.

dentro de estas categorías, es decir dentro del grado de parentesco y dependencia económica señalado.

¹⁴⁵ Art. 7.5 del R.D. 1119/1986, Comunicación que deberá ir acompañada del correspondiente informe.

¹⁴⁶ Como se puede comprobar las circunstancias que en realidad se valoran son las posibilidad de financiarse la residencia en España y el grado de cultura o educación y la capacidad de integración, aunque parece prime la primera, ya que es fácil que se permita la residencia de personas que por su cultura y forma de vida no se adapten a la vida española, pero que, sin embargo, cuentan con importantes ingresos (caso de los árabes y sus rasgos culturales y sociales diferenciales). El fin primordial de esta política es evitar la permanencia en España de personas que resulten conflictivas para la organización social del país.

¹⁴⁷ Las circunstancias favorables, que permiten optar por un permiso de residencia de larga duración, vienen recogidas en el art. 21 c) del R.D.1119/1986 y hacen referencia a los extranjeros que reúnan alguna de las siguientes condiciones: ser jubilado o pensionista de

Quando el visado de residencia se solicite para desarrollar una actividad económica en España, por cuenta propia, la Ley faculta a las autoridades competentes para solicitar, además, un previo informe a la Dirección General de Migraciones y a cualquier otro organismo que estimen conveniente para resolver salvaguardando los intereses del Estado Español y de los españoles¹⁴⁸. Facultad que se convierte en deber, al objeto de proteger la situación de empleo española, cuando la solicitud de visado es para el ejercicio de una actividad económica por cuenta ajena, en cuyo caso el representante diplomático o consular, ante quien se haga la solicitud, enviará ésta y la documentación aneja al Ministerio de Asuntos Exteriores, quien a su vez solicitará información¹⁴⁹ del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social¹⁵⁰. La autoridad laboral emitirá el informe preceptivo o resolverá sobre la solicitud del visado, para ello dará trámite de la audiencia a las personas físicas o jurídicas españolas

países extranjeros; ser trabajador en España jubilado o que, por cualquier causa, reciba una pensión de Instituciones públicas o privadas españolas; nacidos en España, que se hallen casados con español o española residente en España y no estén separados de hecho o de derecho, que tengan a su cargo ascendientes o descendientes españoles, quienes hubieren tenido la nacionalidad española, descendientes de extranjeros que habiendo tenido de origen la nacionalidad española residan en España; Iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos ecuatoguineanos o sefardíes, ciudadanos originarios de la ciudad de Gibraltar y personas originarias de territorios en los que España haya ejercido su protectorado.

¹⁴⁸ Art. 9.1 del R.D. 1119/1986.

¹⁴⁹ Información que no será necesario solicitar cuando el extranjero solicitante se halle en una de las situaciones de preferencia en el momento de obtener un permiso de trabajo recogidas en el art. 38.2 del R.D. 1119/1986.

¹⁵⁰ Entregando al solicitante un duplicado debidamente diligenciado para presentarlo cuando solicite el permiso de trabajo tipo B (art. 9.2 R.D. 1119/1986).

o extranjeras interesadas en la concesión o denegación del visado, comunicando su resolución al Ministerio de Asuntos Exteriores, que, a su vez, la enviará a la correspondiente oficina diplomática o consular. En el supuesto de que el informe o resolución de la autoridad laboral sea favorable, el interesado deberá recoger personalmente el visado de residencia en la embajada u oficina consular correspondiente y presentarlo al solicitar en España el correspondiente permiso de trabajo¹⁵¹.

El conjunto de trámites relatado nos permiten comprobar las dificultades que encierra el establecimiento, legal, en España de extranjeros que pretendan realizar una actividad económica, sobre todo cuando se trate de una actividad por cuenta ajena, situación que hasta fechas recientes era solventada acudiendo a la fórmula de entrada, sin la presentación de visado, para un periodo menor a tres meses, para posteriormente engrosar las listas de los trabajadores ilegales e intentar regularizar su situación una vez ya en España, fórmula ahora cuasi-cerrada, debido a la implantación de visados de estancia, por parte del Estado español, que habrá de endurecerse aún más, cuando entre en vigor el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y se establezca la relación de Terceros Estados cuyos nacionales deberán presentar visado uniforme de entrada.

La expedición del visado de residencia deberá hacerse al igual que la del visado de estancia, mediante diligencia que será extendida en su pasaporte o título de viaje o, en su defecto, cuando la documentación sea otra, se expedirá en documento aparte, aunque siempre y, en todo caso, en la diligencia de concesión de visado, habrá de constar: el tipo de visado, la finalidad del viaje, el plazo de presentación en frontera con indicación

¹⁵¹ Art. 9.2 del R.D. 1119/1986.

de la caducidad del visado, el plazo previsto de estancia en España y la fecha de expedición¹⁵², no pudiendo, en ningún caso, concederse un visado cuya duración sea mayor al período de vigencia del pasaporte o documento sobre el que se expida¹⁵³. Cuando el visado haya sido concedido a un extranjero, al que se le hubiera concedido asilo en España a través de la Embajada u Oficina Consular, deberá hacerse constar esta situación en el mismo¹⁵⁴

La concesión del visado de residencia faculta a su titular para solicitar su entrada en España y una vez en ella iniciar los tramites para la obtención del permiso de residencia, sin embargo, es preciso señalar que esta concesión no supone que la entrada en España esté expedita y que la obtención del permiso de residencia sea automático, ya que el Reglamento reserva a las autoridades competentes del Ministerio del Interior la facultad para autorizar o no su entrada en España y de conceder o denegar el permiso de residencia en base a dicho visado de residencia¹⁵⁵. Con referencia a esta previsión reglamentaria, no es posible establecer parangón con las figuras que, como la autorización o la licencia, conectan con la esfera de derechos preexistentes. Por el contrario, en este ámbito, operan criterios de discrecionalidad con apreciación de circunstancias institucionales vinculadas a los intereses del Estado, que pueden anular las expectativas personales suscitadas por el previo procedimiento de concesión de visado, que puede estar motivado

¹⁵² Art. 10.2 del R.D. 1119/1986.

¹⁵³ Art. 10.3 del R.D. 1119/1986.

¹⁵⁴ Art. 7.2 del R.D. 1119/1986.

¹⁵⁵ Art. 7.6 del R.D. 1119/1986.

en su posible denegación con referencia en el sujeto solicitante y las circunstancias que en él concurren, pero que admite la motivación complementaria de las razones institucionales que neutralizan las referencias subjetivas iniciales. De modo complementario, no pueden ser ignorados los datos subjetivos no considerados en la inicial resolución favorable, que puedan anular la virtualidad de la inicial concesión de visado, que no supera el nivel de autorización "sub conditio", y cuya adecuación a principios regidos por criterios de legalidad permite apreciar el tránsito de fórmulas autoritarias hacia condicionantes vinculados por principios conexos al Estado Social y Democrático de Derecho.

La conexión a los principios del Estado Social y Democrático no es óbice para apreciar como se reproducen principios de Orden Público orientados por criterios de oportunidad, que reencarnan en sujetos de Derecho no nacionales, técnicas, de facto que se estima conjuradas para los nacionales y, que desde la perspectiva diaria de la lucha por el Derecho¹⁵⁶ que supera los módulos estrechos del condicionante nacional, produce insatisfacción y desasosiego por la discriminación que se detecta en lo que es una regeneración del censitarismo para los extranjeros y la solución jurídica que puedan recibir en directa función de su capacidad económica o profesional.

Los criterios que deberán condicionar la acción pública en este ámbito tiene equilibrada expresión en el Derecho histórico: "el juramento de transeuntes", exigido a quien no es súbdito y por consecuencia no es fidelidad, sino respeto, sumisión y obediencia al soberano y a las leyes del país en cuanto miran a su policía, gobierno y tranquilidad"¹⁵⁷. Ello

¹⁵⁶ Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: "La lucha por el Derecho es tarea de todos los días" en A vueltas con la Universidad, Madrid, 1990, pp.75-91.

¹⁵⁷ J. ESCRICHE: Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, 1839, p. 124,

supone la integración del extranjero en las premisas del ordenamiento jurídico estatal desde equilibrio de valores que la compleja sociedad postindustrial tiene mas dificultades de integrar que el sistema jurídico de la Ilustración

b) - Especial referencia a los nacionales comunitarios.

La situación de los nacionales comunitarios, en referencia a la necesidad de visado previo para entrar y permanecer en España, se ha visto recientemente modificada, tras la publicación del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, que incorpora al ordenamiento español, las Directivas 90/364/CEE, 90/365/CEE y 90/366/CEE, que reconocen, respetivamente, el Derecho de residencia sin actividad lucrativa, el Derecho de residencia de los trabajadores por cuenta propia o por cuenta ajena que hayan dejado de ejercer una actividad profesional y el Derecho de residencia de los estudiantes comunitarios, siempre que cuenten con medios económicos suficientes para subvencionar su residencia en el territorio del Estado Miembro de acogida y un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos.

Estas disposiciones han permitido solucionar el problema que presentaba la residencia de estos colectivos y sus familiares en Estado Miembro distinto del propio, pues con anterioridad, la exención de visado solo afectaba a los nacionales comunitarios que pretendieran realizar una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena o que fueran a prestar o recibir servicios, y a sus familiares, considerados como tales, conyuge e hijos menores de veintún años o que vivan a sus expensas y a los

Leyes 8,9,10, Tit. II, Libro VI, Novisima Recopilación.

ascendientes que vivan a sus expensas así como los de su conyuge. Ello obligaba a los nacionales comunitarios que pretendieran fijar su residencia en España, sin ejercer una actividad económica o realizando estudios, a solicitar del Estado español el correspondiente visado de residencia, para así poder formalizar su situación en España mediante el correspondiente permiso de residencia o Tarjeta de estudiante.

La publicación de ambas Directivas y su posterior incorporación al ordenamiento español, es consecuente con la tendencia de las autoridades comunitarias a ampliar el número de categorías de ciudadanos beneficiarios de la libertad de circulación, ya demostrada con la publicación de la Directiva 73/148/CEE, que englobaba a los turistas como destinatarios de servicios¹⁵⁸ y, por lo tanto, como beneficiarios de la libre circulación, si bien la incorporación de estos colectivos, residentes y estudiantes, había encontrado un cierto rechazo por los gobiernos de distintos Estados Miembros, no así de España, que desde su incorporación a la CEE, ha propiciado la extensión de este Derecho, como consecuencia de sus especiales características, que le convierten en el país de acogida de nacionales comunitarios en situación de jubilados.

3 - Prohibición de entrada.

Para que la entrada de un extranjero -nacional de Terceros Estados- en territorio español pueda ser calificada como legal será preciso que, además de contar con la documentación adecuada, con el correspondiente

¹⁵⁸ Como expresamente declaró el Tribunal de Justicia de la Comunidad en Sentencias de 31 de abril de 1984 (As 285/82 y 22/83, LUISI Y CARBONE), Rec. 1984, pp.377 y ss.; de 2 de febrero de 1989 (As. 186/87, COWAN), Rec. 1989, pp. 195 y ss. y 5 de marzo de 1991 (As. 376/89), Rec., 1991, p. 1069 y ss.

visado cuando sea necesario, el extranjero no esté sujeto a prohibición de entrada en el territorio español¹⁵⁹.

Podrán ser objeto de una medida de prohibición de entrada, los extranjeros que incurran en alguno de los supuestos recogidos en el Reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería, y que se materializa en las situaciones que se detallan¹⁶⁰: a) que haya sido expulsado de España y no hubiere transcurrido el plazo de la sanción; b) que encontrándose fuera de España se hallen incurso en los supuestos de los apartados c) o d) del artículo 26 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, (estar implicado en actividades contrarias al orden público, la seguridad interior o exterior del Estado, o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses de los españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países; haber sido condenado dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hayan sido cancelados); c) que por conductos diplomáticos, a través de la Interpol o por cualquier otra vía de cooperación internacional judicial o policial, se tenga conocimiento de que se encuentran reclamados en relación a causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por la autoridades judiciales o policiales de otros países; d) que por su actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humanos o, por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas nacionales o internacionales, tenga prohibida su entrada España en virtud de resolución del Director de la Seguridad del Estado¹⁶¹.

¹⁵⁹ Art. 11.1 de la Ley Orgánica 7/1985.

¹⁶⁰ Art. 14.1 del R.D. 1119/1986.

Como se puede comprobar, las causas por las que un extranjero puede ser declarado persona "non grata" y, a consecuencia de ello tenga su entrada prohibida en España, incorporan la variable, en relación con la normativa precedente y la situación institucional en que se encuadraban, de incorporar los derechos humanos y las actividades contrarias a ellos como causa justificante de la no admisión en el territorio nacional. Hay que hacer especial mención al último supuesto del apartado d), que caso de aplicarse efectivamente, evitaría la entrada en España de personas relacionadas con organizaciones mafiosas y ultraderechistas, que en momentos temporales aún no distantes, han tenido acogida en territorio español, además de un lugar donde regenerar el dinero obtenido de modo irregular.

La materialización de estos supuestos a los casos concretos de extranjeros sujetos a una medida de prohibición de entrada, que exige la elaboración de una lista de personas "non gratas" a disposición de las autoridades policiales fronterizas y de las embajadas y oficinas consulares encargadas de la concesión de visados, para que puedan ejercer su labor de control y, en su caso, de rechazo, presenta un doble problema; por un lado, el de determinar, dada la trascendencia de esta medida y al abuso que de ella se puede hacer, a que autoridad en concreto se faculta para ordenar la inclusión de un extranjero en esta lista, ya que ni la Ley de Extranjería ni su Reglamento de ejecución determinan nada al respecto, y por otro, el de especificar con que medidas de garantía y control cuenta el extranjero para controlar su posible inclusión arbitraria en esta lista, situación tampoco contemplada en la Ley ni en su

¹⁶¹ Relación de personas sujetas a prohibición de entrada que deberá ser comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores por la Dirección General de Policía, para conocimiento y concesión de visados (art. 14.2 del R.D. 1119/1986).

Reglamento. Estas ausencias nos permite detectar la concesión de unas amplias facultades discrecionales otorgadas por la Ley al Ministerio del Interior, facultades, por otra parte, tradicionales en materia de entrada de extranjeros, que sin embargo se contradicen con el principio de seguridad jurídica, postulado por el Preámbulo de la Ley de Extranjería.

La situación de los nacionales de Estados Miembros de la CEE en lo que a prohibiciones de entrada en España se refiere, viene regulada en el marco del Capítulo III del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, que recoge las "Medidas aplicables por razones de orden público, seguridad pública y salud pública", medidas, que permiten prohibir la entrada en España a nacionales de Estados Miembros aunque presenten la documentación adecuada¹⁶², y que remiten para su aplicación a la legislación española sobre orden público y seguridad pública y a lo dispuesto en la Ley de Extranjería y "a las disposiciones reglamentarias vigentes sobre la materia"¹⁶³, remisión que permite deducir que la situación de los nacionales de Estados Miembros, en lo que respecta a la prohibición de entrada es similar a la del resto de los extranjeros, si bien con la particularidad de que dicha medida de rechazo sólo podrá adoptarse fundada en el comportamiento personal de quien sea objeto de la misma¹⁶⁴.

La supresión de controles fronterizos internos y el consecuente reconocimiento de la libre circulación a los nacionales comunitarios, tras la entrada en vigor del Convenio de aplicación, producirá diversos efectos en lo que a la aplicación de esta medida se refiere.

¹⁶² Art. 15.1 a) del R.D. 766/1992.

¹⁶³ Art. 15.2 a) del R.D. 766/1992.

¹⁶⁴ Art. 15.2 d) del R.D. 766/1992.

La entrada en vigor del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen va a suponer el mantenimiento de esta medida de prohibición de entrada en lo que se refiere a extranjeros, nacionales de Terceros Estados, sí bien el retranqueo de fronteras nacionales de los Estados Parte a las fronteras exteriores comunes implicará que la aplicación de esta medida se halle sujeta a los criterios establecido por el Comité Ejecutivo y ampliado el radio de protección a los ocho Estados Parte. En lo que se refiere a los nacionales comunitarios, la supresión de los controles internos va a producir, como efecto inmediato, la virtual inaplicación de esta medida de prohibición de entrada, que será compensada con la aplicación de las medidas de cooperación policial, información, asistencia judicial y extradición establecidas en el Convenio de aplicación.

El Convenio establece como requisito necesario para la entrada de nacionales de Terceros Países, es decir de extranjeros, en el territorio común, que éstos, además de contar con la documentación adecuada y el visado uniforme cuando sea preciso, no se encuentren incluidos en la lista de "no admisibles", ni supongan un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de uno de los Estado Parte¹⁶⁵, previsión que obliga al Estado español a extender su control en las fronteras exteriores no sólo sobre los extranjeros que puedan ser personas "no gratas" para España, sino también, para todos los Estados Parte.

La aplicación de estas medidas presenta problemas que afectan a la seguridad jurídica de los extranjeros, ya expuestos al estudiar el visado uniforme, derivados sobre todo de la ausencia de criterios a la hora de

¹⁶⁵ Art. 5.1 d) y e) del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

determinar cuales son las causas que convierten a un extranjero en un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de un Estado Parte, y cuales son las medidas de recurso que pueden ejercitar estos extranjeros ante la no admisión por estas causas.

En lo que se refiere a la elaboración de la lista de extranjeros "no admisibles", el Convenio de aplicación faculta, en su artículo 17.3 g), al Comité Ejecutivo para adoptar las decisiones necesarias en orden a determinar los "principios de elaboración de una lista común de extranjeros inscritos como no admisibles, sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 96". Artículo, este último, que establece la forma y los criterios de inclusión de extranjeros "no admisibles" en la base de datos del Sistema de Información de Schengen (SIS) de cada Estado Parte, fichero que formará parte de la Unidad Técnica de Apoyo del SIS, con base en Estrasburgo, para la transmisión en línea de informaciones.

Los datos relativos a extranjeros no admisibles se incluirán en el SIS en base a una "descripción nacional resultante de decisiones adoptadas, observando las normas de procedimiento prevista en la legislación nacional, por las autoridades administrativas o por los órganos jurisdiccionales competentes"¹⁶⁶.

El mismo artículo 96 establece los criterios de inclusión de los extranjeros en la lista de no admisibles de la base de datos informatizada, criterios, que, por otra parte, no son exclusivos, pues las decisiones "podrán basarse" en la amenaza para el orden público o la seguridad nacional que pueda constituir la presencia de un determinado extranjero en el territorio nacional y, particularmente: "de un extranjero que haya sido condenado por una infracción sancionada con una pena

¹⁶⁶ Art. 96.1 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

privativa de libertad de un año como mínimo" o de un extranjero sobre el cual existan razones serias para creer que ha cometido hechos delictivos graves, incluido tráfico de estupefacientes, sobre el que existan indicios racionales de que piensa cometer tales delitos en el territorio de un Estado Parte y, asimismo, en el hecho de que el extranjero haya sido objeto de una medida de alejamiento, devolución o expulsión "que no haya sido revocada ni suspendida y que incluya o vaya acompañada de una prohibición de entrada o, en su caso, de residencia"¹⁶⁷.

De lo expuesto podemos deducir, que si bien el Convenio de aplicación faculta al Comité Ejecutivo para establecer los principios de elaboración de una lista común de "no admisibles", faculta también a cada Estado Parte para que introduzca en la base de datos del SIS su lista de "no admisibles", elaborada conforme a su legislación nacional, ya que la relación de criterios, recogida en el Convenio, no es exclusiva, ni excluyente, sino indicativa.

Al objeto de evitar el posible uso arbitrario de la lista de extranjeros "no admisibles" incluida en la base de datos del SIS, el Convenio de aplicación prevé que el acceso a los datos integrados en el SIS, así como el derecho a consultarlos directamente estará reservado a las autoridades competentes para el control de fronteras y demás comprobaciones de policía y aduanas realizadas dentro del país, así como las autoridades competentes para la expedición de visados y permisos de residencia, debiendo, cada Estado Parte, facilitar al Comité Ejecutivo, la lista de autoridades competentes que están autorizadas, conforme a su legislación nacional, para consultar directamente esta lista de "no admisibles", con la indicación precisa, para cada autoridad, de los datos que puede consultar y para que misión¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Art. 96.2 y 3 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

Junto a estas medidas, el Convenio prevé también el Derecho de "toda persona" a hacer rectificar errores o suprimir datos que contengan errores que se refieran a su persona¹⁶⁹, así como a emprender acciones, ante el órgano jurisdiccional o autoridad competente en virtud del Derecho nacional, a efectos de rectificación, supresión, información o indemnización motivada por una descripción que se refiera a su persona¹⁷⁰.

4.- Medios económicos suficientes:

El extranjero que quiera acceder al territorio español será preciso, además, que cuente con los suficientes medios económicos para subvenir su estancia en nuestro país y retornar a su lugar de origen o procedencia¹⁷¹. Al objeto de controlar la efectiva posesión de medios económicos suficientes, el Reglamento de ejecución de la Ley, en base a los principios de discrecionalidad y excepción, dispone que los funcionarios encargados de efectuar los controles de entrada en territorio español "podrán" exigir a los extranjeros que acrediten la posesión de recursos económicos o medios de vida suficientes para su sostenimiento durante el periodo de permanencia en España¹⁷² y faculta

¹⁶⁸ Art. 101 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

¹⁶⁹ Art. 110 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

¹⁷⁰ Art. 111 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

¹⁷¹ Arts. 11.1 de la Ley Orgánica 7/1985.

¹⁷² Art. 11.1 del R. D. 1119/1986, teniendo en cuenta que, según el mismo precepto, los funcionarios encargados de efectuar los controles de entrada podrán cuando los medios

al Ministro del Interior para determinar en que puestos fronterizos, durante que épocas, en que supuestos y de que manera se exigirá sistemáticamente tal acreditación¹⁷³. Exigencia de acreditación, cuya causa determinante, es el mantenimiento del orden público, evitando que accedan a España, extranjeros, que ante la falta de ingresos, tengan que recurrir a la mendicidad o a la realización de actividades ilícitas o ilegales para poder subsistir¹⁷⁴.

La normativa reglamentaria ha sido complementada por la Orden del Ministerio del Interior, de 22 de febrero de 1989¹⁷⁵, que ha dispuesto una serie de medidas destinadas a controlar a los extranjeros, que pretendan entrar en España, procedentes de Terceros Estados, sin visado previo. Estas medidas fueron, en parte, la respuesta española a las presiones ejercidas en el seno del Grupo de TREVI, dirigidas a impermeabilizar las fronteras exteriores de la CEE, como medida previa al establecimiento del territorio común, ante la reticencia española a imponer visados a los nacionales de países hispanoamericanos -situación hoy ya admitida, como hemos señalado- como lo demuestra el hecho de que el Apartado Cuarto de la Orden señale que estas medidas se aplicarán de "modo sistemático y económicos no sean suficientes reducir el periodo de estancia en virtud de los recursos que disponga el extranjero.

¹⁷³ Art. 11. 2 del R. D. 1119/1986, que faculta asimismo al Ministro del Interior, teniendo en cuenta la evolución del Índice de Precios al Consumo, para establecer la cuantía mínima exigible, previo informe de la Secretaría de Estado de Comercio.

¹⁷⁴ Vid. V. ESCUIN PALOP: Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España, cit. p. 24 y V. ESTRADA CARRILLO: Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de extranjería, cit. p.98.

¹⁷⁵ Orden Ministerial de 22 de febrero de 1989 (BOE de 6 de marzo de 1989).

exhaustivo en las fronteras extracomunitarias, en las entradas de transportes terrestres, marítimos y aéreos procedentes o con escala en países no miembros de la Comunidad Económica Europea, especialmente sobre nacionales de países estadísticamente más sensibles a la emigración ilegal en España y particularizadamente sobre nacionales con los que no exista acuerdo de supresión de visados", condicionantes que han justificado la opción por una política de reforzamiento de control de fronteras, lo que implica el otorgamiento de mayores facultades a las autoridades fronterizas.

La Orden dispone que todo extranjero que pretenda entrar en territorio español¹⁷⁶ estará sujeto a estas medidas de control de los recursos económicos, excepción hecha de los ciudadanos comunitarios, "que por venir a España a realizar actividades económicas, asalariadas o no asalariadas, o a prestar o recibir servicios, se encuentren comprendidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo"¹⁷⁷. Situación que también engloba a los turistas, nacionales de Estados Miembros, como destinatarios de servicios a recibir en España, como específicamente ha sido ratificada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 30 de mayo de 1991¹⁷⁸, al

¹⁷⁶ Apartado Primero, nº 1 de la Orden de 22 de febrero de 1989.

¹⁷⁷ Apartado Primero, nº 2 de la Orden de 22 de febrero de 1989, derogado y sustituido por el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio.

¹⁷⁸ STJCE de 30 de mayo de 1991 (As. 68/89, Comisión/Paises Bajos). La Sentencia es consecuencia del procedimiento iniciado por la Comisión contra los Paises Bajos, como consecuencia del incumplimiento de las Directivas 68/360 CEE y 73/148/CEE, pues los Paises Bajos consideraban que estas normas sólo amparaban a aquellos nacionales comunitarios que quedasen cubiertas por su ámbito de aplicación; es decir trabajadores por cuenta ajena o propia, prestadores de servicios y sus respectivas familias, y que, en consecuencia, los Estados Miembros eran competentes para llevar a cabo las pesquisas necesarias con objeto de

declarar, que a la exigencia de Tarjeta de Identidad o pasaporte no se puede unir ninguna otra con la que se pretenda confirmar si el nacional comunitario pertenece o no a alguna de las categorías mencionadas, y que, por lo tanto, no tendrá obligación de contestar a preguntas sobre el objeto o la duración de su viaje y los medios económicos con los que dispone para realizarlo.

Con la finalidad de facilitar la aplicación de las medidas de control previstas a los extranjeros, nacionales de Terceros Estados, la propia Orden establece, que siempre que sea posible, se efectuaran de forma separada los controles relativos a la entrada en España de españoles y ciudadanos comunitarios¹⁷⁹, disposición que permite comprobar la práctica equiparación, a la hora de entrar en España, de los españoles y de los ciudadanos comunitarios.

Las medidas de control, establecidas en la Orden, consistirán, en acreditar, por parte de los extranjeros, no comunitarios, que pretendan entrar en España, "cuando así se lo requieran los funcionarios encargados de efectuar el control de entrada", que disponen de recursos económicos suficientes para permanecer en España y salir de ella, cuya cuantía mínima queda establecida en la cantidad de cinco mil pesetas por persona y día, cantidad que, en cualquier caso, deberá ascender a 50.000 pesetas por persona, "con independencia del tiempo de estancia previsto". De modo complementario deberá ser presentado el billete de vuelta o de tránsito a terceros países, billete que será nominativo, intrasferible y cerrado, y que, además, podrá quedar depositado en las dependencias policiales determinar si la persona que pretendía cruzar una frontera intracomunitaria, quedaba dentro de alguna de estas categorías.

¹⁷⁹ Apartado Quinto de la Orden de 22 de febrero de 1989.

hasta el comienzo del viaje. Los factores discrecionales que subyacen en esta medida, se complementan con la aleatoriedad en la determinación de los destinatarios y con el no desdeñable factor de la efectividad de la discrecional decisión de los funcionarios encargados de efectuar el control de entrada.

Las excepciones que la Orden establece¹⁸⁰ a la aplicación de estas medidas, afectan a los extranjeros que seán titulares de permisos de residencia en cualquiera de los Estados miembros de la CEE o del Principado de Andorra; que tengan pasaporte en vigor y visado especial para trabajar en España o en cualquier Estado miembro de la CEE; que acrediten documentalmente la posesión de contratos, debidamente formalizados, para trabajar en España, en cualquier Estado miembro o en el Principado de Andorra; que sean ciudadanos del Principado de Andorra y presenten pasaporte en vigor; que sean propietarios en España de viviendas o bienes inmuebles de análogo valor, jubilados o pensionistas que acrediten su derecho a alojarse en España, o que acrediten haber abonado de antemano el alojamiento en hoteles o establecimientos públicos similares por el tiempo que vaya a durar su estancia; que visiten España en viajes organizados, previamente financiados; que sean estudiantes con becas concedidas por establecimientos Públicos o Privados; que se trate del personal de la tripulaciones de aeronaves, buques o servicio de otros medios de transporte, o que realicen breves estancias en territorio español, con ocasión de la utilización por dichos medios de los puertos, aeropuertos, carreteras y ferrocarriles españoles.

Estas medidas, que de forma efectiva ya se exigían en las fronteras españolas¹⁸¹ antes de la publicación de la Orden de 22 de febrero de

¹⁸⁰ Apartado Tercero de la Orden de 22 de febrero de 1989.

¹⁸¹ Los extranjeros no nacionales de Estados miembros de la CEE cuando llegan a los

1989, fueron muy criticadas, sobre todo por los países latinoamericanos, sus principales destinatarios¹⁸², ya que realmente con ellas lo que se pretende es evitar la entrada de personas procedentes de países con problemas económicos y políticos y sin medios económicos suficientes, que intentan ganarse la vida en España o Europa. Efectivamente, es probable que, con ellas, se pueda evitar la entrada de posibles delincuentes de pequeña entidad, pero no es aventurado apreciar que los delincuentes y traficantes de cierta entidad, no encontraran graves obstáculos al contar con bienes, dinero e influencias para poder entrar en España. Además, es preciso señalar que la imposición de dichas medidas de control, con dificultad evitan, como de hecho sucede, la entrada de los extranjeros dispuestos a entrar en España; es frecuente que familias enteras ahorren para que uno de sus miembros pueda cumplir todos los requisitos de entrada -billete de ida y vuelta nominativo y dinero suficiente- y una vez en el país ir entrando todos los demás miembros de la familia, con referencia en la técnica de Reagrupación Familiar, pues la única medida de control efectivo de entrada de extranjeros es el visado, como lo demuestra, la disminución de entrada en España de nacionales provenientes de los Países del Magreb, tras la instauración del visado de estancia en junio de 1991 y la creación del visado uniforme por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, como medida de control de la inmigración.

aeropuertos españoles procedentes de vuelos internacionales tienen que demostrar, para poder tener acceso al territorio español, que están en posesión de una tarjeta personal de crédito con fondos suficientes o en su defecto con un mínimo de 3000 dólares, y de su billete de regreso, además de contestar a un interrogatorio sobre el origen y motivo de su visita. Vid. diario "El País" 11 de mayo de 1988.

¹⁸² Vid. Reacciones diplomáticas en noticias de agencia del día 8 de marzo de 1989.

En las restantes puertos, aeropuertos y fronteras terrestres que no sean fronteras extracomunitarias, solamente se exigirá la acreditación de medios económicos cuando lo consideren conveniente los funcionarios encargados del control de entrada, "por las circunstancias que concurren sobre tipo de ruta y procedencia, finalidad objetiva y aparente del viaje o duración de la estancia pretendida"¹⁸³. Metodología que permite conciliar el control de extranjeros con la entrada de turistas procedentes de Europa, primordial fuente de divisas para la economía española, y que evita problemas de fluidez en los pasos fronterizos en determinadas épocas del año, que como consecuencia de la presencia masiva de turistas en las fronteras originarían la aplicación de medidas de control de modo riguroso. Esta situación es relativizada por la circunstancia de que la mayoría de los países europeos, de donde provienen estos turistas por vía terrestre o vuelo internos, han implantado fuertes controles de entrada en sus puertos y aeropuertos, por lo que se puede decir que en los extranjeros de esta procedencia, o bien concurre la circunstancia de que son ciudadanos de Estados europeos o han sido previamente seleccionado por ellos, aunque ello no permite afirmar que no entren en España personas de escasos e incluso nulos recursos con intención de trabajar, con o sin permiso de trabajo, sin excluir la intencionalidad de dedicarse a actividades distintas de las calificadas como laborales o profesionales.

El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen prevé, en su artículo 5. 1 c), que los extranjeros -nacionales de Terceros Países- que pretendan entrar en el territorio común habrán de "disponer de los medios adecuados para su subsistencia, tanto para el periodo de estancia previsto como para el el regreso al país de procedencia o el tránsito a un tercer Estado en el que su admisión esté garantizada, o estar en

¹⁸³ Apartado Cuarto, nº 2º, de la Orden de 22 de febrero de 1989.

condiciones de obtener legalmente dichos subsidios", disposición cuyo contenido es muy similar a la actual normativa española, pues en ambos casos sólo se aplica, en las fronteras exteriores, a nacionales no comunitarios, se exige contar con los medios necesarios para salir del país y se permite la entrada sin justificación de medios económicos a aquellas extranjeros que por ser rentistas, pensionistas, becarios o titulares de un permiso de trabajo o de un contrato de trabajo puedan obtener de modo legal los medios necesarios para subsistir. La aplicación de esta medida de control de los medios económicos plantean un único problema y es el de la ausencia de criterios comunes a la hora de especificar cuales serán los medios suficientes, dado que el Convenio no hace ninguna referencia al respecto en su texto, ni encomienda al Comité Ejecutivo el establecimiento de criterios comunes, por lo tanto, podemos pensar, que los criterios de aplicación de esta medida de control se reenvían a las legislaciones nacionales.

5.- Controles sanitarios.

Como último requisito necesario para entrar legalmente en España, se podrá exigir, por las autoridades fronterizas, cuando razones de Sanidad Pública así lo aconsejen, la presentación de un certificado médico¹⁸⁴ o, en su defecto, someterse a un reconocimiento realizado por servicios médicos españoles al llegar a la frontera¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Art. 12 del R.D. 1119/1986. En este certificado médico, que lo expedirán los servicios médicos designados por la Embajadas o Consulados españoles, habrá de constar que no se padecen enfermedades físicas contagiosas que sean susceptibles de crear problemas de Sanidad Pública, ni enfermedades mentales o drogadicción que puedan crear problemas de Orden Público.

¹⁸⁵ Arts. 11.2 de la Ley Orgánica 7/1985 y 12 del R.D.1119/1986.

En la actualidad el problema sanitario ha pasado a ocupar un papel de mayor trascendencia gubernamental y social, debido a la relevancia adquirida por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirido (SIDA), lo que ha llevado a que distintos Ministerios hayan presentado al Gobierno propuestas para "cerrar" las fronteras a todas aquellas personas sospechosas de ser portadoras de dicha enfermedad, si bien, de momento, el Gobierno español no ha tomado (ni parece que vaya a tomar) ninguna medida al respecto, en espera de la decisión que pueda surgir en el seno de la CEE. Por su parte la Comunidad Económica ha abordado el tema en la reunión del grupo TREVI, aunque sin resultados concretos, en vista que algunos Estados Miembros, de modo unilateral, han decidido tomar medidas de control, como es el caso del Estado de Baviera (RFA), Bélgica y Grecia.

D) -Entrada efectiva y paso de frontera.

En el momento actual y hasta la entrada en vigor del Convenio de Schengen, una vez cumplidos los requisitos expresados, la normativa reglamentaria dispone que, el extranjero, incluidos los nacionales comunitarios¹⁸⁶, con la documentación necesaria y su correspondiente visado cuando sea preciso, se presentarán en los puestos fronterizos habilitados a tal fin y bajo control policial, solicitando la entrada, que se autorizará, previa comprobación de que la documentación es la correcta y de que no existe ningún impedimento o prohibición¹⁸⁷, mediante la es-

¹⁸⁶ Nacionales comunitarios, a los que según señala el Tribunal de Justicia de la Comunidad, en Sentencia de 5 de marzo, de 191, cit., sólo se les exigirá pasaporte o documentación acreditativa en la que conste su nacionalidad, no pudiéndoles interrogar sobre los motivos de su viaje ni exigirseles acreditación de sus medios económicos, sin perjuicio de que estén sujetos a los controles sobre equipajes y mercancías.

tampación de un sello, marca o control en el pasaporte o título de viaje, que, cuando no sea necesario, y no pueda hacerse en la documentación presentada, como es el caso de ser sólo preciso presentar el documento de identidad, dará lugar a la expedición de un impreso debidamente cumplimentado en el que constará claramente la fecha de entrada¹⁸⁸.

Estas exigencias formales, que se cumplen rigurosamente en los controles de fronteras exteriores y, especialmente, sobre nacionales de Terceros Países, contrastan con la práctica administrativa, por lo que respecta al pase de fronteras terrestres, ya que, en estos casos, ni se estampa sello, marca o control, ni mucho menos se entrega impreso alguno debidamente diligenciado que justifique la entrada en España y, por lo tanto, el periodo de estancia legal de un extranjero carece de

¹⁸⁷ Controles tanto de las personas como de los equipajes, que a efectos de seguridad y fiscales son encomendados por la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de 13 de marzo de 1986 al Cuerpo Nacional de Policía, [art. 12.1. A) b)] y a la Guardia Civil [art. 12.1. B) b)]. En lo que se refiere a control de equipajes habrá de tenerse en cuenta a partir del 1 de enero de 1993, fecha en que entra en vigor, el Reglamento (CEE) nº 3925/91 del Consejo, de 19 de diciembre de 1991 (DOCE nº L 374, 31.12.91), relativo a la supresión de controles y formalidades aplicables a los equipajes de mano y a los equipajes facturados de las personas que efectúen un vuelo intracomunitario, así como a los equipajes de las personas que efectúen una travesía marítima intracomunitaria, que establece la supresión de controles de equipajes de personas que realicen vuelos y travesías intracomunitarios así como los puntos de control de equipajes de mano o facturados de personas que realicen vuelos o travesías procedentes de países no comunitarios y con llegadas o escales en países comunitarios y de las embarcaciones de recreo y aeronaves de turismo o negocios cualquiera que sea su lugar de procedencia o destino.

¹⁸⁸ Art. 15 del R.D. 1119/1986, una disposición similar era recogida en el párrafo segundo del art. 7 del Decreto 552/1974, de 14 de febrero, lo cual quiere decir que la necesidad de un control efectivo de la documentación en frontera era ya obligatoria y sin embargo ha sido sistemáticamente incumplida, por lo que España ha sido uno de los países de Europa en donde más fácilmente se podía traspasar la frontera.

referencias determinables y, de modo complementario, es bastante difícil de probar, por parte de las autoridades, cual ha sido la fecha efectiva de entrada en territorio español.

La situación descrita tiene su origen en el considerado problema de la masificación en la entrada de turistas, viene relativizada, como ya hemos señalado, por el hecho de que la mayoría de los extranjeros que entran en España por vía terrestre, o bien son nacionales del estado Miembros de la CEE o turistas europeos o bien son extranjeros, que previamente han sido seleccionados y admitidos por los Estados europeos de nuestro entorno y que utilizan la frontera española como lugar de tránsito a sus países de origen, y presenta, además, el hecho paradójico de que, si se llevaran en realidad a la práctica las disposiciones legales de control de entrada, se produciría un auténtico colapso en las fronteras, como efectivamente se produce cuando los funcionarios encargados del control de fronteras y aduanas, como medida de protesta o de presión sindical llevan a cabo las denominadas "huelgas de celo", y proceden a la aplicación incondicionada de las disposiciones vigentes.

El desajuste entre norma y realidad social, obliga a detectar situaciones de inseguridad jurídica en las que la normativa reguladora es más una amenaza que una garantía, al ser la inaplicación de la norma no un supuesto de obsolescencia sino un producto de la discrecionalidad administrativa, como manifestación en conflicto con la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos exigido por nuestro texto constitucional¹⁸⁹.

La creación de un espacio común, mediante la supresión de los controles en las fronteras interiores y el fortalecimiento de las fronteras exteriores, tras la entrada en vigor del Convenio de aplicación

¹⁸⁹ Art. 9.3 de la Constitución Española de 1978.

del Acuerdo de Schengen, va a determinar la aplicación de dos regímenes distintos de entrada de extranjeros en España.

En lo que se refiere a las fronteras exteriores, la supresión de controles en las fronteras interiores del territorio común determinará el fortalecimiento de los controles sobre estas fronteras exteriores al objeto de impedir la entrada indiscriminada de extranjeros, siendo preciso no olvidar, que, en el contexto del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, es extranjero, "toda persona que no sea nacional de los Estados miembros de las Comunidades Europeas", sin perjuicio que determinadas medidas de seguridad y control se apliquen también a nacionales comunitarios.

Las fronteras exteriores sólo podrán cruzarse, tanto por nacionales comunitarios, como por extranjeros previamente autorizados a entrar, por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura señalada¹⁹⁰, previa presentación de pasaporte o la documentación identificativa válida.

La primera cuestión a determinar es que extranjeros, nacionales de Terceros Estados, podrán ser autorizados a cruzar las fronteras exteriores y entrar en el territorio común. Del artículo 5 del Convenio de aplicación se desprende que "se podrá autorizar la entrada en territorio común", y en su caso en España, "para una estancia que no exceda de tres meses", a los extranjeros, que cuenten con documentación adecuada, con el correspondiente visado cuando sea necesario; esten en posesión de los medios económicos suficientes y no estén incluidos en la lista de no

¹⁹⁰ Art. 3.1 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990, que establece en el párrafo 2º del mismo artículo, como ya hemos señalado, la obligación de los Estados Parte, y por lo tanto de España, de imponer sanciones que penalicen el cruce no autorizado de fronteras exteriores fuera de los pasos fronterizos y de las horas de apertura establecidas.

admisibles, ni supongan un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de uno de los Estados Parte. Disposición que nos permite señalar que la admisión de extranjeros en el territorio común estará condicionada a la autorización previa de entrada concedida por las autoridades competentes, en virtud de las facultades discrecionales que el Convenio les confiere, y que permitirán prohibir la entrada de extranjeros haciendo valer otras condiciones o cargas, distintas a los requisitos objetivos previamente establecidos para la entrada. Esta facultad discrecional queda, sin embargo, en suspenso cuando el extranjero, que solicite la entrada en un Estado Parte, sea titular de un permiso de residencia o de un visado de regreso expedido por otro Estado Parte, en cuyo caso "será admitido en tránsito", excepto en el supuesto de que dicho extranjero se encuentre incluido en la lista nacional de "no admisibles"¹⁹¹.

Una vez determinado que extranjeros podrán ser autorizados a entrar en el territorio común, es preciso señalar que al objeto de controlar las fronteras exteriores, la circulación transfronteriza estará sujeta a la aplicación de medidas de orden policial, que se llevarán a cabo, según dispone el Convenio de aplicación, conforme a principios uniformes previamente establecidos en el propio Convenio, en el marco de las competencias nacionales y la legislación nacional de cada Estado Parte, en su caso España, y teniendo en cuenta los intereses de todos los Estados Parte.

Principios uniformes, que conceden unos amplios poderes a las autoridades policiales encargadas del control de fronteras, como no podía ser de otra manera dados los actuales poderes de control ya existentes en los Estados Parte, y que establecen una serie de medidas de control

¹⁹¹ Art. 5.3 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

aplicables también a los nacionales comunitarios, pero que sobre todo inciden sobre los extranjeros y que son los siguientes: El control de las personas, que deberá ser aplicado siempre y en toda ocasión a los extranjeros, incluirá no sólo la comprobación de los documentos de viaje y de las restantes condiciones de entrada, residencia, trabajo y salida, sino también la investigación y prevención de peligros para la seguridad nacional y el orden público de los Estados Parte. El control se extenderá también a los vehículos y a los objetos que se hallen en poder de las personas que pretendan cruzar las fronteras; toda persona deberá ser objeto al menos de un control que permita determinar su identidad tras haber exhibido o presentado documentos de viaje, medida que parece destinada, en contraposición con la anterior a los nacionales comunitarios; a la salida, se procederá, en todo caso, sobre los extranjeros, al control que exija el interés de todos los Estados Parte, en virtud del derecho de extranjería y en la medida en que sea necesario para investigar y prevenir peligros para la seguridad nacional y el orden público de los Estados Parte; y finalmente, establece un último principio uniforme, por el cual determina que si por circunstancias especiales no se pudieran efectuar dichos controles, se aplicarían con carácter prioritario a la entrada¹⁹².

Junto a los principios uniformes expresados, el Convenio obliga a garantizar a todo Estado Parte, como una medida de seguridad imprescindible para la supresión de los controles interiores, que los pasajeros proveniente de vuelos de Terceros Estados que embarquen en vuelos interiores, sean nacionales comunitarios o de Terceros Estados, serán sometidos previamente a la entrada en el territorio común a un control de

¹⁹² Art. 6 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

personas y equipajes de mano en el aeropuerto de llegada del vuelo exterior, control que se hará extensivo a los pasajeros que provenientes de un vuelo interior embarquen en un vuelo exterior. En ambos casos, los equipajes facturados serán controlados en el aeropuerto de destino final o en el aeropuerto de salida inicial respectivamente¹⁹³.

En lo que se refiere a las fronteras interiores españolas del territorio común, podrán cruzarse, en cualquier lugar, sin que se realice control alguno sobre las personas¹⁹⁴, este principio general podrá excepcionarse, cuando así lo exijan razones de orden público o seguridad nacional, que permitirán, previa consulta a los demás Estados Parte, el establecimiento, por el Estado español, de controles durante un período de tiempo limitado, pudiendo asimismo, si la situación exigiera una actuación inmediata, establecer controles, e informar posteriormente a los Estados Parte¹⁹⁵.

Esta supresión de controles fronterizos, que, como ya hemos señalado, no afectará a la obligación de poseer, portar y presentar los documentos identificativos personales previstos en la legislación personal¹⁹⁶, permitirá la libre circulación por el territorio común y, en su caso, por España, de los nacionales comunitarios y de extranjeros autorizados a entrar en el territorio común, si bien éstos últimos verán

¹⁹³ Art. 4 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990. En lo que se refiere a control de equipajes habrá de tenerse en cuenta a partir del 1 de enero de 1993, fecha en que entra en vigor, el Reglamento (CEE) nº 3925/91 del Consejo, de 19 de diciembre de 1991 (DOCE nº L 374, 31.12.91) antes citado.

¹⁹⁴ Art. 2.1. del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

¹⁹⁵ Art. 2.2 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

¹⁹⁶ Art. 2.3 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

limitado el ejercicio de la libre circulación a un periodo de tres meses¹⁹⁷ o al mero tránsito y deberán declarar su entrada en España, en el mismo momento de la entrada o bien en el plazo de tres días¹⁹⁸.

E).- Rechazo de extranjeros en frontera.

Los extranjeros que no cumplan los requisitos exigidos por la Ley Organica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España podrán ver impedida su entrada en el territorio español, efectivamente, la Ley faculta a las servicios policiales fronterizos para rechazar en frontera a todo extranjero que no presente la documentación adecuada o esté desprovista de la misma¹⁹⁹, carezca de los medios económicos necesarios²⁰⁰ o esté sujeto a una prohibición expresa de entrada²⁰¹, siendo preciso señalar, que esta medida de rechazo en la frontera no tiene nada que ver con la medida de expulsión, que implican la residencia legal o ilegal del extranjero en España, ya que la medida de rechazo se produce en la frontera cuando el extranjero todavía no ha realizado su entrada efectiva en España²⁰². La concesión de esta facultad, que implica una

¹⁹⁷Arts. 19, 20 y 21 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

¹⁹⁸ Art. 22 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990, que establece, asimismo, que el lugar de la declaración deberá determinarlo cada Estado Parte.

¹⁹⁹ Arts. 11.3 de la Ley Orgánica 7/ 1985 y 13.1 del R.D. 1119/1986.

²⁰⁰ Art. 11.3 de la Ley Orgánica 7/1985.

²⁰¹ Arts. 11.3 de la Ley Orgánica 7/1985 y 14 del R.D. 1119/1986.

²⁰² En el Archipiélago Canario, la Comisión de Extranjería de las Islas ha puesto en marcha un plan dirigido a impedir la entrada ilegal de ciudadanos africanos en las Islas, según

potestad decisoria, puesta en manos de los funcionarios de fronteras, no puede interpretarse como discrecionalidad estimativa, pues el ejercicio de esta facultad de impedir la entrada en España habrá de fundarse en los supuestos tipificados legal o reglamentariamente, lo que implica que ante una situación regular, es decir cuando se cumplan los requisitos exigidos, el funcionario no es que pueda permitir la entrada sino que deberá dejar entrar al extranjero en cuestión que la solicite, como específicamente señala el artículo 15 del Reglamento de ejecución de la Ley²⁰³, por lo tanto, el ejercicio de esta facultad implica, por parte del funcionario encargado del control, la potestad para rechazar al extranjero que incumpla los requisitos y, asimismo, la facultad de permitir la entrada, aun cuando incumpla todos o alguno de los requisitos exigidos para la entrada, si conforme a una valoración del motivo, ocasión o situación personal del extranjero considera adecuado permitirle franquear las fronteras españolas.

Al objeto de permitir la efectiva ejecución de la medida de rechazo en frontera de los extranjeros que no cumplan los requisitos exigidos por la legislación española para la entrada legal en territorio español, el Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería establece la

datos oficiales, en las Palmas se estiman en cinco mil, los africanos en situación ilegal residentes en la ciudad, para ello se ha advertido a la compañía Marocaine Navigation, que cese la venta de billetes de viaje regular para el trayecto Agadir las Palmas, bajo amenaza del cierre de línea; por otra parte, se pretende iniciar una "acción contundente" contra los armadores y consignatarios de buques coreanos, la mayoría de ellos domiciliados en Panamá, que despiden en las Palmas a los tripulantes africanos sin permiso. Vid. Noticias de agencia del día 22 de enero de 1989.

²⁰³ Vid. V. ESTRADA CARRILLO: Comentarios a la Ley Orgánica y al Reglamento de Extranjería, cit., p. 109.

obligación, por parte las Compañías o Empresas de transporte, a través de las cuales el extranjero hubiera intentado acceder al territorio español, de facilitar la salida del territorio español en el enlace más próximo²⁰⁴, en los supuestos en que se haya accedido al territorio español por vía aérea o marítima, en cuyo caso, el control de fronteras se realiza en territorio español, si bien en la zona internacional de dichas fronteras. Con ello se trata de evitar que los extranjeros, ante la dificultad de salir del territorio nacional, bien por carecer de medios económicos para financiar su salida o bien por la inexistencia o dificultad de acceder a los mismos, tengan que ser obligatoriamente admitidos en España, por razones humanitarias.

La aplicación práctica de la medida de rechazo en frontera ha sido objeto de especial consideración en el Informe Anual del Defensor del Pueblo correspondiente al año 1991²⁰⁵, quien, ante las repetidas quejas recibidas, destaca, que la discrecionalidad y el excesivo rigor en la aplicación de la normativa y, a veces, una orientación exclusivamente basada en criterios policiales en los puestos de control de las fronteras

²⁰⁴ Art. 85.4 del R.D. 1119/1986. España, como Estado Miembro de la CEE, se ha adherido a la Convención de Chicago de 7 de diciembre de 1944, cuyo Anexo 9 obliga a las Compañías aéreas a asegurarse antes de embarcar a sus pasajeros, que se encuentren debidamente documentados, pues en el caso contrario cuando lleguen al destino deberán subvencionar su estancia y viaje de vuelta. Sin embargo, dado que estas medidas no parecen suficientes, algunos países como Alemania y Gran Bretaña han adoptado medidas complementarias, así Alemania exige, en estos supuestos una indemnización compensatoria a cargo de las Compañías y, Gran Bretaña impone multas para los transportes aéreos y marítimos que acepten pasajeros sin título de viaje o documentación francamente deficiente. Vid. "Response Ministre" (JO Deb. Ass. Nat. Questions 1^o juin 1987, p. 3208) en «RCDIP», 1987, pp. 638-639.

²⁰⁵ Informe Anual del Defensor del Pueblo, correspondiente a la gestión realizada durante el año 1991 (BOCG, de 25 de abril de 1992, Serie A, Nº 37, pp. 106-107).

exteriores, ocasiona que las negativas de entrada se adopten de forma casi automática, sin una investigación mínima (familiares en España, lugar de residencia etc.) en relación con los viajeros procedentes de países de bajo nivel de renta , que llegan a España, vía aérea, a los que no se les permite la entrada, permaneciendo en algunas ocasiones mas de setenta y dos horas en el aeropuerto en unas condiciones inadecuadas (durmiendo en cintas transportadoras, sin separación de hombres y mujeres y con dificultades de comunicación con familiares, amigos o abogados), para finalmente ser devueltas a sus países de origen. También se aprecia que se elude el trámite de declaración firmada por el extranjero afectado, considerada, por el Defensor del Pueblo, conveniente al objeto de que la medida aplicada pueda ser sometida a un control de legalidad de acuerdo con lo determinado en el artículo 106 de la Constitución, evitando así la posible indefensión e inseguridad jurídica que puede generar esta actuación de la Administración.

La decidida intervención del Defensor del Pueblo para que estas medidas se apliquen conforme a la legalidad vigente en materia de extranjería, y sobre todo salvaguardando los Derechos fundamentales que la Constitución reconoce a toda persona, hacen de esta Institución un efectivo recurso a efectos de hacer respetar los necesarios requisitos de procedimiento en la actividad administrativa en materia de extranjería, y lo han convertido en un efectivo negociador entre el extranjeros y la Administración Pública y en un supervisor de la acción gubernativa, pero, sobre todo, han contribuido a transformar la dimensión de la Institución del Defensor del Pueblo, con referencia en la Comunidad política nacional, pasando a ser garante de los Derechos de la Persona, independientemente de su nacionalidad .

El extranjero que a pesar de los controles fronterizos consiga entrar

en el territorio español sin cumplir todos o alguno de los requisitos exigidos para considerar su entrada legal²⁰⁶, será considerado en situación ilegal²⁰⁷, lo que lleva aparejado su salida obligatoria de España²⁰⁸, bien voluntariamente o bien mediante la aplicación de una medida de devolución o expulsión.

Con la entrada en vigor del Convenio de aplicación al Acuerdo de Schengen, y la consiguiente supresión de controles en las fronteras internas, la medida de rechazo en frontera se aplicará por los Estados Parte, en su caso España, en las fronteras exteriores a todo extranjero, nacional de un Tercer Estado, que no cumpla alguno de los requisitos exigidos para poder ser autorizado a traspasar las fronteras exteriores y entrar en territorio común²⁰⁹, si bien el Convenio autoriza a que los Estados Parte hagan excepciones a esta norma general y permitan el cruce de fronteras, por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, a extranjeros que no cumplan los requisitos exigidos, aunque en tal supuesto su admisión se limitará al territorio del

²⁰⁶ Presentar la documentación adecuada, no estar sujeto a prohibición expresa de entrada, tener medios económicos suficientes, pasar por los controles sanitarios cuando sea necesario y entrar por los puestos habilitados, bajo control policial (art. 11.1 de la Ley Orgánica 7/1985).

²⁰⁷ Art. 11.4 de la Ley Orgánica 7/1985.

²⁰⁸ Arts. 36.2 y 26. 1 a) de la Ley Orgánica 7/1985.

²⁰⁹ Es decir, según establece el art. 5.2 del Convenio de aplicación, que no cumpla alguno de los siguientes requisitos establecidos en el apartado 1º del mismo art. 5: carecer de documentación adecuada, con el correspondiente visado cuando sea necesario, contar con medios económicos suficientes, no estar incluido en la lista de no admisibles, no suponer un peligro para la seguridad nacional, el orden público o las relaciones internacionales de los Estados Parte.

Estado Parte en cuestión que los haya admitido²¹⁰.

Con la finalidad de hacer efectiva esta medida de rechazo e impedir la entrada de extranjeros no autorizados en el territorio común, el Convenio de aplicación establece un conjunto de medidas de apoyo dirigidas a los transportistas y a los Estados Parte. Los "transportistas", término que parece incluir a compañías, empresas o transportistas particulares que realicen viajes regulares, discrecionales, particulares o de negocios, se verán obligadas a "tomar todas las medidas necesarias para cerciorarse" que los extranjeros transportados por vía marítima, aérea o terrestre²¹¹ tengan en su poder los documentos de viaje exigidos para cruzar las fronteras exteriores y entrar en el territorio común, pues en caso contrario deberán hacerse cargo de dichos extranjeros "inmediatamente" y, previa petición de las autoridades de vigilancia de la frontera, llevarlos al Tercer Estado que hubiera expedido los documentos de viaje con los que haya viajado o a cualquier Tercer Estado en el que se garantice su admisión²¹². Medidas que no son más, conforme hemos apreciado, que una extensión a los transportes marítimos y terrestres de las obligaciones que impone el Anexo 9º de la Convención de Chicago sobre Aviación Internacional, de 7 de diciembre de 1944, de la que todos los Estados Miembros son parte²¹³, a las compañías aéreas y que obligan

²¹⁰ Art. 5.2 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

²¹¹ En el supuesto de transporte terrestre esta obligación sólo atañe a los transportistas de grupos que realicen enlaces internacionales en autobús, con la excepción del tráfico fronterizo. No será de aplicación, por lo tanto, en los transportes por ferrocarril. (art. 26.3 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990).

²¹² Art. 26. 2 y 1 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

²¹³ Vid. nota 205.

a la comprobación de los "documentos de viaje", es decir pasaporte o título de viaje y su correspondiente visado cuando sea necesario, no así del resto de los requisitos de entrada, como son inclusión en lista de no admisibles o medios suficientes de viaje, control que corresponde a los autoridades competentes del Estado Parte cuya frontera exterior se pretenda cruzar.

Junto a estas medidas aplicables a los transportistas, el Convenio impone la obligación a los Estados Parte de establecer "respetando su Derecho constitucional", sanciones contra los transportistas que, por vía aérea, marítima o terrestre, "transporten, desde un Tercer Estado hasta el territorio" de un Estado Parte, a extranjeros que carezcan de la documentación de viaje exigida²¹⁴.

Como última medida de apoyo, el Convenio de aplicación, obliga a los Estados Parte al establecimiento de sanciones aplicables a toda persona,

²¹⁴ Art. 26.2 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990. El Conseil Constitutionnel francés en su Decisión 92-307 DC, de 25 de febrero de 1992, sobre la constitucionalidad de una nueva ley sobre entrada y permanencia de extranjeros en Francia (al respecto es preciso tener en cuenta que conforme al Derecho Constitucional francés, los recursos de inconstitucionalidad, se presentan y deciden antes de que la Ley sea publicada), declara conforme a la Constitución, la imposición de multas a las empresas de transportes aéreos, marítimos o terrestres, que desembarquen en territorio francés extranjeros, nacionales de Terceros Estados, que no estén en posesión de la documentación de viaje, y en su caso, de visado, pues considera que la imposición de estas sanciones monetarias al estar definida de forma clara y precisa, -afectar exclusivamente a situaciones posteriores a la aprobación de la Ley, no ser de aplicación automática ni manifiestamente desproporcionadas, respetan los principios establecidos por su Doctrina anterior sobre imposición de sanciones administrativas: exclusión de penas privativas de libertad y que la represión administrativa respete las exigencias constitucionales en materia penal. Vid. B. GENEVOIS: "L'entrée des étrangers en France: le rappel des exigences constitutionnelles. (A propos de la décision del Conseil Constitutionnel n° 92-307 DE du 25 février 1992)", en «RFDA», 8(2), mars. avr. 1982, p.189-190.

que, "con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o permanecer" en un Estado Parte, quebrantando la legislación de dicho Estado sobre entrada y permanencia de extranjeros²¹⁵, medida sancionatoria ya recogida en el artículo 25.3 de la Ley de Extranjería, aunque sin la precisión de "con fines lucrativos", lo que supone una normativa de aplicación más dura, y que pretende luchar contra las organizaciones y mafias, que previo pago de importantes sumas, ayudan a extranjeros sin documentación adecuada a cruzar las fronteras exteriores, por lugares no vigilados, mediante la utilización de transportes camuflados o falsificando documentación o que amparán situaciones de ilegalidad en el territorio español. Problemática que parece bastante difícil de controlar, sobre todo en los supuestos de organizaciones que se dedican al transporte ilegal de extranjeros, pues en la mayoría de los casos, ni tienen su sede en territorio de los Estados Parte, y en su caso en España, ni llegan a las fronteras, pues la práctica habitual, sobre todo en las fronteras exteriores españolas, consiste en acercarles a España y hacerles llegar a nado a territorio español, con los consiguientes riesgos que confirman los frecuentes casos de pérdidas de vidas humanas.

El extranjero, nacional de un Tercer Estado, que a pesar de todo cruce las fronteras exteriores y penetre en el territorio común, deberá salir sin demora del espacio común, bien voluntariamente o bien mediante una medida de expulsión, que se aplicará conforme a la legislación nacional del Estado Parte en el que fuera aprendido²¹⁶.

²¹⁵ Art. 27 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

²¹⁶ Art. 23. 2 y 1 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

F) Excepciones a las medidas de rechazo y salida obligatoria.

Las medidas de rechazo y salida obligatoria establecidas en la Ley de Extranjería y aplicables cuando los extranjeros no cumplan los requisitos exigidos para entrar en España pueden ser objeto de algunas quiebras o excepciones, pues la propia Ley faculta al Ministerio del Interior para autorizar cuando medien causas suficientes, la entrada, tránsito o permanencia de personas, que presenten documentación defectuosa o incluso carezcan de ella o hubieran entrado en el país por otros lugares que no fuesen los puestos fronterizos habilitados a tal fin, pudiéndose adoptar las medidas cautelares precisas²¹⁷, o bien en supuestos de fuerza mayor²¹⁸. Esta derogación de la disposiciones generales nos permite comprobar el poder discrecional que la Ley de Extranjería concede a la Administración en materia de extranjeros, ya que, en base a esta habilitación para aplicar excepciones, se convalidan situaciones de entrada ilegal, que para cualquier otro extranjero supondrían su rechazo en la frontera o bien su salida obligatoria del España.

1.- Excepciones motivadas por documentación defectuosa o fuerza mayor.

La excepción de las disposiciones generales en materia de entrada de extranjeros pueden afectar a situaciones diversas, bien relacionadas con la falta o defecto en la documentación, bien a supuestos de fuerza

²¹⁷ Artículo 12.4 de la Ley Orgánica 7/1985.

²¹⁸ Art. 1.1 del R.D. 1119/1986.

mayor.

Las excepciones a la presentación de documentación adecuada permitirán, que el Director de la Seguridad del Estado pueda autorizar la entrada en territorio español a los extranjeros que pretendan entrar con documentación defectuosa o incluso sin ella, "siempre que medie causa suficiente, conste su personalidad y se comprometa a subsanar los defectos existentes, si fuera posible", pudiendo adoptarse entre tanto las "medidas oportuna en cada caso"²¹⁹, situación que parece aplicable, no a cualquier extranjero, sino a aquel extranjero, que solicite la entrada en España en circunstancias especiales derivadas de problemas políticos en su país de origen; esta excepción permitirá también, que el Gobernador Civil de la provincia u órgano en quien delegue, autorice la entrada en España durante 48 horas a grupos de turistas organizados, que carezcan de la documentación precisa²²⁰, situación mucho menos problemática y directamente relacionada con el turismo.

La excepción de fuerza mayor²²¹ permitirá la entrada en España sin cumplir trámites exigidos legalmente, cuando las circunstancias sean tan adversas que impidan su cumplimiento, sin ser por ello objeto de una medida sancionatoria económica o que bien implique su salida de España.

Esta excepción de fuerza mayor ha sido admitida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de mayo de 1982²²², anterior a la Ley

²¹⁹ Art. 13.2 del R.D. 1119/1986.

²²⁰ Previa petición de la empresa o representante del grupo, que deberá hacer entrega de la relación de visitantes y formularán compromiso de regreso, en el plazo señalado, de la totalidad del grupo, bajo su responsabilidad, según dispone el artículo 13.3 del R.D.1119/1986.

²²¹ Art. 1.1 del R.D.1119/1986.

²²² Sentencia de 15 de mayo de 1982. (Sala 4ª). Magistrado Ponente: Sr. BOTELLA TAZA,

Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, y de interés por anular la Resolución del Ministerio del Interior que imponía una multa de cien mil pesetas a la Compañía consignataria del buque "Tasei Maru nº 2", que entró en territorio español sin previo control de la policía de fronteras, y admitir como eximente de fuerza mayor, el estado físico de uno de los tripulantes del buque, que se encontraba herido.

El Tribunal Supremo acepta los considerandos de la Sala de las Palmas en la que se anula dicha Resolución del Ministerio del Interior, por considerar que, si bien el buque incumplió las disposiciones vigentes sobre policía de fronteras, no existió culpabilidad por concurrir una situación de emergencia, ya que además el control se realizó más tarde, lo que demuestra, a juicio de la Sala, que no se pretendió eludir el control, sino que, entre la vida de una persona, o cumplir con un trámite administrativo, se optó por la vida del tripulante. El Tribunal de Instancia estima también que el recurrente actuó bajo la influencia de un estado de necesidad, eximente de responsabilidad, que hace desaparecer la culpabilidad, circunstancia que se puede aplicar perfectamente a la infracción administrativa, por tratarse de Principios Generales del Derecho, a este ámbito jurídico. Finalmente la Sala de las Palmas, en considerando acogido por el Tribunal Supremo, apreció que esta situación tenía encuadre legal en el artículo 3.1 del Decreto 522/1974, de 14 de febrero, sobre entrada permanencia y salida de extranjeros de España (similar al actual artículo 1.1 del Real Decreto 1119/1986), que determina que la entrada ha de hacerse por los puestos establecidos a tal fin bajo control policial, (RAJ, 479). El buque tenía permiso de atraque a las 20 horas y entró en puerto a las 17'30 como consecuencia de que un tripulante japonés estaba herido y sufría conmoción cerebral, por lo que precisaba urgente asistencia médica. Vid. "Nota" de I.MILANS del BOSCH PORTOLES en «REDI» 1983, p.483.

«salvo causa de fuerza mayor», eximente que si se toma en sentido lato es perfectamente aplicable en este caso.

El Tribunal Supremo en sus considerandos puntualiza, que "el carácter objetivo de la infracción administrativa excluye eximentes de estado de necesidad, propio de los componentes subjetivos del ámbito del Código Penal. No obstante, si bien es cierto que ningún precepto define al Código Penal como común y supletorio del régimen jurídico del Derecho Administrativo Sancionador, no es menos cierto que, ambos sectores, de típica represión punitiva de la antijuricidad, responden a los mismos principios y garantías constitucionales, en contra de la arbitrariedad en el ejercicio de las facultades estatales de castigar y, por ello, no se puede aplicar el concepto de voluntariedad del Código Penal, que implica subjetividad, pues la voluntariedad del resultado de la acción no es elemento constitutivo esencial de la infracción administrativa sino elemento modal de gradación de clase y cuantía de la sanción administrativa como corresponde a la materia objeto de la misma".

El Tribunal Supremo finaliza deduciendo que probado el caso de un forzado adelanto del pesquero para prestar auxilio a uno de sus tripulantes herido, fue imposible al consignatario sancionado, con la consiguiente ausencia de voluntariedad en su acción de omisión, dar aviso previo a la Inspección de Policía del Puerto. Considerando que no es necesario acudir a la aplicación de una eximente de Derecho penal, sino que debe calificarse de inexistente la acción infractora, del mismo modo que son radicalmente nulos los actos de la Administración cuyo contenido es imposible, según se dispone en el artículo 47 de la ley de Procedimiento Administrativo.

Los considerandos de ambas instancias se comentan por sí mismos y permiten calificar la Sentencia transcrita como un pronunciamiento ju-

jurisdiccional ejemplar que, con ponderado equilibrio, encuentra el justo punto entre la racionalidad de un servicio administrativo portuario que, sin duda, exige incorporar rígidos criterios organizativos, y el valor de causas de fuerza mayor vinculadas a la situación médica extrema de una persona que requería de inexcusable asistencia médica.

2.- Especial consideración de los extranjeros refugiados o asilados.

Como última excepción a la norma general de impedir la entrada en España a toda persona que no cumpla los requisitos legales exigidos para ello, tenemos que referirnos a los extranjeros que solicitan la condición de refugiado o asilado, ya que estas personas, que en muchos casos son perseguidas, pueden entrar en territorio español de forma ilegal, bien por no entrar por los lugares previamente establecidos, bien por carecer de la documentación adecuada o bien por no contar con los medios económicos suficientes para permanecer en España.

Esta situación recogida en la Ley de Derechos y Libertades de los extranjeros en España, viene, a su vez, amparada por la Ley reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición del Refugiado de 26 de marzo de 1984, que, en su Título I, regula la situación de las personas solicitantes de asilo y, en su Título II, la condición del refugiado, si bien esta última regulación sólo dedica tres artículos a la condición de refugiado, a pesar de que una gran parte de los expedientes que se tramitan lo hacen a través de este cauce y no por el de asilo²²³. Esta situación fue debida, probablemente, a que el Título II se incorporase tardíamente a la discusión del proyecto de Ley²²⁴, aunque en esos tres artículos, que remiten a

²²³ Vid. R. GARCÍA MACHO: "El Derecho de asilo y del refugiado en la Constitución Española", en Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, T. II, De los Derechos y Deberes Fundamentales, cit., p. 787.

la obligaciones internacionales contraídas por España²²⁵, se regula lo esencial sobre el refugiado, si bien presentan algunas indeterminaciones que han sido subsanadas en el Reglamento de la Ley²²⁶, que se ocupa de desarrollar ampliamente la condición del refugiado.

La Ley reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, ampara la entrada, en principio, irregular en territorio español, "cuando haya sido realizada por una persona que reúna los requisitos propios de la condición de asilado, siempre que se presente sin demora a las Autoridades."²²⁷, o bien cuando el demandante de asilo, careciendo de documentación, realiza la solicitud de entrada en la frontera, estando las autoridades españolas obligadas a admitirle provisionalmente²²⁸, situación igualmente amparada, en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, para las personas solicitantes de tal condición, "que, llegando directamente del territorio donde su vida o libertad estuviera directamente amenazada", hayan entrado o se encuentren en territorio español sin autorización "a condición de que se

²²⁴ La incorporación se realizó por medio de la enmienda nº 135 del Grupo Socialista, que fue aceptada por la Ponencia con alguna modificaciones. Vid. M. L. ESPADA RAMOS y M. MOYA ESCUDERO: "La Ley Reguladora de asilo y la condición de refugiado de 24 de marzo de 1984: ¿Nacionalismo o internacionalismo?", en «REDI», nº 1 (1985), pp. 100 y ss.

²²⁵ España ha ratificado la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 28 de julio de 1951 y su Protocolo Adicional de de 31 de enero de 1967 (BOE 21 de octubre de 1978).

²²⁶ Real Decreto 511/1985, de 20 de febrero(BOE 19 de abril).

²²⁷ Art. 4.1, párrafo 2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo.

²²⁸ Art. 4.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo.

presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales"²²⁹.

La petición de asilo produce un efecto inmediato: no ser sancionado por entrada ilegal²³⁰ y, por lo tanto, no ser objeto de una medida de devolución "al país donde pueda tener motivos para temer fundadamente persecución o castigo"²³¹, medida que se complementa, con la prohibición de expulsión hasta que se haya resuelto definitivamente la petición de asilo²³². Estas prohibiciones no obstan a la fijación de residencia obligatoria, acordada por el Ministerio del Interior, cuando el solicitante carezca de documentación, en tanto se resuelva la solicitud²³³, y a la imposición de medidas cautelares, adoptadas por el Ministro del Interior, cuando razones de seguridad del Estado, debidamente motivadas así lo aconsejen²³⁴, y que no podrán ser otras que la obligación de residir en lugares determinados o el alejamiento de fronteras o núcleos de población determinados singularmente o la presentación periódica ante la autoridad competente²³⁵. De modo adicional, la solicitud de asilo

²²⁹ Art. 31 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 28 de julio de 1958.

²³⁰ Art. 4.1, párrafo segundo de la Ley 5/1984, de 26 de marzo.

²³¹ Art. 12 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo.

²³² Art. 5.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo.

²³³ Art. 4.2, párrafo segundo de la Ley 5/1984, de 26 de marzo.

²³⁴ Art. 5.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo.

²³⁵ Art. 18 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo.

suspenderá el fallo de cualquier proceso de extradición o en caso de que se haya dictado sentencia firme, no se llevará a cabo la ejecución de la misma²³⁶.

La petición de reconocimiento de la condición de refugiado produce efectos muy similares a la petición de asilo, pues impedirá la imposición de sanciones penales, derivadas de su entrada o presencia ilegal²³⁷, así como la devolución o expulsión a territorios "en donde su vida o libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas"²³⁸, y permitirá la imposición de restricciones temporales a la libertad de circulación, que se aplicarán exclusivamente hasta que haya regularizado su situación en España o hasta que haya obtenido su admisión en otro país²³⁹.

Estas disposiciones, sin embargo, no solucionan una serie de situaciones que, como ya hemos señalado con anterioridad, se producen no sólo en España sino en toda Europa y que no se caracterizan precisamente por el respeto a los valores jurídicos, ya que, en la actualidad, existen lo que se ha dado en llamar refugiados "en órbita", que son extranjeros solicitantes de asilo o refugio, que no son admitidos en ningún país y que se ven forzados al desplazamiento continuo de un Estado a otro, por haber presentado su petición de asilo en un Estado, previa escala en otro Estado

²³⁶ Art. 5.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo.

²³⁷ Art. 31.1 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 28 de julio de 1958.

²³⁸ Art.33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 28 de julio de 1958.

²³⁹ Art. 31.2 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 28 de julio de 1958.

distinto. Esta situación, injusta, ha sido estudiada y considerada por el Parlamento Europeo, que mediante Resolución²⁴⁰ insta a los Estados Miembros de la Comunidad Económica Europea a que armonicen sus legislaciones y establezcan una política común clara y precisa, para evitar que se produzcan estas situaciones, señalando además que la situación de los refugiados hay que verla no sólo desde la perspectiva de los Estados Europeos sino en base a los Derechos Humanos, por lo que hay que intentar solucionar los problemas y no exportarlos a otro país.

Problemas que, en muchos casos, resultan bastante difíciles de resolver, porque el concepto de refugiado que reconoce tanto España como otros países europeos es el recogido en la Convención de Ginebra y su posterior Protocolo, que como ya he señalado, contiene una definición muy restrictiva del concepto de refugiado, por lo que la mayoría de las personas que en la actualidad padecen la situación de refugiados, no pueden ser considerados como tales a efectos de las legislaciones de los Estados europeos, pues la única organización que efectivamente les reconoce como refugiados es la Organización de la Unidad Africana (OUA).

La posición del Parlamento Europeo, que defiende la adopción de políticas de asilo más protectoras y la armonización de las legislaciones nacionales en los Estados Miembros, no ha sido hasta el momento objeto de clara consideración por los Estados Miembros, que defienden el endurecimiento de las políticas de asilo y sus competencias nacionales en esta materia, si bien la presencia de refugiados "en órbita" si ha sido tenido en cuenta dado los problemas que origina, prueba de ello, es la preparación del Convenio de Dublín realizado en el ámbito de los Estados Miembros y la introducción de un Capítulo 7º en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, dirigido a evitar esta situaciones.

La entrada en vigor de este Convenio de aplicación, cuyo contenido,

²⁴⁰ Documento B.2-920/86. DOCE C 283 de 10.11.86.

en lo que a política de asilo se refiere, se encuentra bastante alejado de lo pretendido por el Parlamento Europeo, pues su ámbito de aplicación se reduce a ocho Estados Miembros y su contenido se limita a determinar que Estado Parte es competente para resolver la petición de asilo²⁴¹, ya que declara, de modo expreso, la sujeción de cada Estado Parte a su derecho nacional, permitirá, como ya hemos señalado, evitar la existencia, en esos ocho Estados Miembros de refugiados "en órbita" y, de modo complementario, obligará a la armonización de las políticas nacionales sobre asilo, pues estos Estados no podrán permitirse el tener políticas de asilo dispares, dado que el Estado con un política más favorable se verá desbordada en cuanto a solicitudes se refiere.

Al objeto de evitar el continuo reenvío de extranjeros solicitantes de asilo de un Estado a otro, el Convenio de aplicación impone, como principio general, al conjunto de los Estados Parte, el compromiso de examinar toda solicitud de asilo que presente una persona en su territorio, compromiso que no implica la obligatoriedad de admitir en toda circunstancia a estos extranjeros, pues permite conservar, a cada Estado Parte, el derecho a devolver o expulsar a un solicitante de asilo a un Tercer Estado, "con arreglo a sus disposiciones nacionales y a sus obligaciones internacionales"²⁴².

Como complemento a este principio general, el Convenio de aplicación establece un conjunto de reglas de competencia para

²⁴¹ Peticiones de asilo que no sólo hacen referencia a la condición de asilado, propiamente dicha, sino también a las solicitudes de condición de refugiado, como se desprende del art. 28 del Convenio de aplicación, que reafirma las obligaciones de los Estados Parte con arreglo a la Convención de Ginebra relativa al Estatuto del Refugiado y su Protocolo adicional.

²⁴² Art. 29. 1 y 2 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

determinar, que Estado Parte será responsable del examen de la solicitud de asilo, "sea cual fuere" el Estado Parte en que se presentó la solicitud de asilo²⁴³ y en que territorio ha de encontrarse el solicitante de asilo mientras se examina su solicitud.

El conjunto de reglas expuesto no afecta a la legislación nacional sobre derecho de asilo, pues el examen de las solicitudes y la concesión de asilo deberá hacerse conforme al derecho nacional²⁴⁴, pero al desvincular el examen de la solicitud de asilo del Estado Parte que reciba dicha solicitud, soluciona el problema más importante a la hora de conceder el asilo, pues permitirá evitar el problema de reemisión de estos extranjeros, ya que es habitual, que un solicitante de asilo entre en un Estado, presente la solicitud de asilo en otro distinto, con la pretensión además de seguir viaje a un Tercero, que puede no ser europeo, situación, que tiene como consecuencia que ninguno de los tres Estados resuelva la solicitud y que el solicitante de asilo, se encuentre obligado a continuos desplazamientos.

Las reglas de competencia, impuestas por el Convenio de aplicación, determinan que cuando el solicitante de asilo haya entrado en territorio común provisto de un visado o permiso de residencia, el Estado Parte competente para examinar la solicitud de asilo será el Estado que hubiera expedido el visado del tipo que fuere o un permiso de residencia; si el visado fue expedido con autorización de otro Estado Parte, el competente será el Estado que haya dado la autorización²⁴⁵. Cuando varios Estados Parte hayan expedido al solicitante de asilo un visado, el Estado Parte

²⁴³ Art. 29.3 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

²⁴⁴ Art. 32 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

²⁴⁵ Art. 30.1 a) del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

responsable del examen de la solicitud será el Estado Parte, que haya expedido el visado que caduque en fecha más tardía²⁴⁶. En los supuestos en que el solicitante de asilo este dispensado de visado de entrada para el cruce de las fronteras exteriores o haya entrado en el territorio común sin documentación adecuada, el Estado Parte responsable será aquel por cuyas fronteras exteriores haya entrado en el territorio común²⁴⁷. Estas reglas de competencia permitirán, no obstante, que un Estado Parte asuma el examen de una solicitud de asilo que no le corresponda, en cuyo caso, el Estado Parte responsable en virtud de las reglas señaladas quedará liberado de su responsabilidad²⁴⁸. Finalmente, el Convenio de aplicación prevé, que cuando la situación sea tal que no se pueda determinar cual es el Estado responsable de acuerdo con las reglas preestablecidas, será competente para examinar la solicitud de asilo el Estado Parte en el que se presentó dicha solicitud²⁴⁹.

En lo que se refiere al Estado Parte en el que deberá permanecer el solicitante de asilo durante el periodo de tramitación del procedimiento de asilo, el Convenio de aplicación prevé la obligación de readmisión, por el Estado Parte responsable del examen, de todo solicitante de asilo que se encuentre en el territorio de otro Estado Parte en situación irregular, y asimismo, la obligación de readmisión, por el Estado Parte por cuyas fronteras haya entrado en el territorio común, del extranjero cuya solicitud de asilo haya sido definitivamente rechazada, excepto en los

²⁴⁶ Art. 30.1 b) del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

²⁴⁷ Art.30.1 d) y e) del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

²⁴⁸ Art. 30.2 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

²⁴⁹ Art. 30.3 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

supuestos en que el Estado Parte responsable del examen hubiera expulsado a dicho solicitante fuera del territorio común.

El convenio prevé, de modo complementario, que si un Estado Parte, que no sea responsable del examen de la solicitud de asilo conforme a las reglas de competencia preestablecidas, recibiera una solicitud de asilo de un extranjero que se encuentre en su territorio, podrá solicitar al Estado Parte competente, que se haga cargo de dicho extranjero, siempre y cuando esta petición se realice en un plazo de seis meses desde que se presentó la solicitud de asilo, pues si no se realizara la petición en dicho plazo, el Estado Parte ante el que se hubiera presentado la solicitud de asilo será responsable de examinarla.

Este conjunto de reglas de competencia, que aún siendo complejas, permiten determinar con exactitud cual será el Estado Parte responsable de examinar las solicitudes de asilo y en que lugar han de permanecer los extranjeros solicitantes, se ve complementado al objeto de lograr una mayor eficacia a la hora de conceder el asilo, con la aplicación de un sistema de cooperación informativa, que obligará a las autoridades competentes de los Estados Parte a comunicarse mutuamente "y cuanto antes" las informaciones relativas a: la entrada en vigor en un Estado Parte de nuevas normas o medidas sobre derecho de asilo; los datos estadísticos relativos a las llegadas de solicitantes de asilo, indicando los principales países de procedencia; la aparición o crecimiento significativo de determinados grupos de solicitantes de asilo y las informaciones que se posean al respecto y las decisiones fundamentales en el ámbito del derecho de asilo; asimismo, los Estados Parte deberán garantizar una estrecha cooperación en la recopilación de datos sobre la situación de los países de origen de los solicitantes de asilo, con la finalidad de poder realizar una evaluación común²⁵⁰.

Este sistema de cooperación informativa permitirá, asimismo, el intercambio de información²⁵¹, entre los Estados Parte, sobre los extranjeros solicitantes de asilo, cuando "sean necesarias" para: "determinar" el Estado Parte "responsable del examen de solicitud de asilo"; "el examen de la solicitud de asilo" y "el cumplimiento de las obligaciones derivadas" de las medidas sobre asilo establecidas en el Convenio de aplicación. La transmisión de esta información, que podrá hacerse de forma automática, es decir mediante soportes informáticos²⁵², estará sujeta a un conjunto de medidas, dirigidas a evitar su uso arbitrario o

²⁵⁰ Art. 37 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

²⁵¹ Intercambio de información cuyos datos sólo podrán referirse a: la identidad (nombre y apellidos, en su caso apellido anterior, apodos, seudónimos, lugar y fecha de nacimiento, nacionalidad actual o anterior) del solicitante de asilo o su familia; los documentos de identidad y de viaje (periodo de validez, fecha de expedición, autoridad que lo haya expedido, lugar de expedición); los demás elementos necesarios para identificar al solicitante; lugares de estancia e itinerarios de viaje; permisos de residencia o visados expedidos por un Estado Parte; y en su caso fecha de presentación de solicitud de asilo anterior, fecha de la presentación de la solicitud actual, estado actual del procedimiento y del contenido de la decisión adoptada.

²⁵² Siempre y cuando los Estados Parte que deseen informatizar dicha información hubieran adoptado una legislación aplicable a dicho tratamiento que cumpla los principios del Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal y se hubiera confiado a alguna autoridad nacional adecuada el control independiente del tratamiento y de la explotación de datos transmitidos (art. 38.12 del Convenio de aplicación). Opción institucional que avala la opción legislativa española de crear la Agencia de Protección de Datos como "Ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones". Art. 34, del Título Sexto del Proyecto de Ley de Regulación de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (orgánica). Aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados (BOCG, Congreso de los Diputados, 25 de mayo de 1992, Serie A, nº 59)

inadecuado, que obligarán, al Estado Parte que transmita los datos a: verificar su exactitud y actualidad; comunicar al solicitante de asilo, previa petición, las informaciones que se hayan intercambiado que le afecten; rectificar o eliminar informaciones inexactas o que no debieran haberse transmitido, y al Estado Parte que los haya solicitado, y a no conservar los datos transmitidos más allá del período necesario para los fines que se hayan solicitado.

Como colofón al estudio de los requisitos para la entrada en España, previstos en la Ley de Extranjería y disposiciones reglamentarias que la desarrollan, y su modulación por la normativa contenida en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, podemos añadir que del conjunto de disposiciones estudiadas se puede deducir que la entrada de extranjeros en España, tanto sean nacionales de Estados Miembros como de Terceros Estados, no sufrirá grandes cambios tras la entrada en vigor de dicho Convenio, pues si bien la normativa que contiene es rígida, inflexible y dura para los nacionales de Terceros Estados que pretendan acceder al territorio común en busca de trabajo, la normativa española vigente no lo es menos, y el conjunto de disposiciones contenidas en la Ley de Extranjería ha sido desarrollado por las disposiciones reglamentarias buscando la confluencia con los compromisos internacionales que han ido perfilando el Grupo ad hoc sobre inmigración, el Grupo de Trevi y el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, al objeto de fortalecer las fronteras "exteriores", impedir la entrada nacionales de Terceros Estados y de permitir la convergencia española con el resto de los Estados Miembros.

Los cambios de situación tampoco serán perceptibles en lo que se refiere a la entrada de nacionales de Estados Miembros, ya que, actualmente, en la práctica, están sujetos a escasos controles y su situación a la hora de entrada en España es casi similar a la de los

Este sistema de cooperación informativa permitirá, asimismo, el intercambio de información²⁵¹, entre los Estados Parte, sobre los extranjeros solicitantes de asilo, cuando "sean necesarias" para: "determinar" el Estado Parte "responsable del examen de solicitud de asilo"; "el examen de la solicitud de asilo" y "el cumplimiento de las obligaciones derivadas" de las medidas sobre asilo establecidas en el Convenio de aplicación. La transmisión de esta información, que podrá hacerse de forma automática, es decir mediante soportes informáticos²⁵², estará sujeta a un conjunto de medidas, dirigidas a evitar su uso arbitrario o

²⁵⁰ Art. 37 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

²⁵¹ Intercambio de información cuyos datos sólo podrán referirse a: la identidad (nombre y apellidos, en su caso apellido anterior, apodos, seudónimos, lugar y fecha de nacimiento, nacionalidad actual o anterior) del solicitante de asilo o su familia; los documentos de identidad y de viaje (periodo de validez, fecha de expedición, autoridad que lo haya expedido, lugar de expedición); los demás elementos necesarios para identificar al solicitante; lugares de estancia e itinerarios de viaje; permisos de residencia o visados expedidos por un Estado Parte; y en su caso fecha de presentación de solicitud de asilo anterior, fecha de la presentación de la solicitud actual, estado actual del procedimiento y del contenido de la decisión adoptada.

²⁵² Siempre y cuando los Estados Parte que deseen informatizar dicha información hubieran adoptado una legislación aplicable a dicho tratamiento que cumpla los principios del Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981 para la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal y se hubiera confiado a alguna autoridad nacional adecuada el control independiente del tratamiento y de la explotación de datos transmitidos (art. 38.12 del Convenio de aplicación). Opción institucional que avala la opción legislativa española de crear la Agencia de Protección de Datos como "Ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones". Art. 34, del Título Sexto del Proyecto de Ley de Regulación de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (orgánica). Aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados (BOCG, Congreso de los Diputados, 25 de mayo de 1992, Serie A, nº 59)

inadecuado, que obligarán, al Estado Parte que transmita los datos a: verificar su exactitud y actualidad; comunicar al solicitante de asilo, previa petición, las informaciones que se hayan intercambiado que le afecten; rectificar o eliminar informaciones inexactas o que no debieran haberse transmitido, y al Estado Parte que los haya solicitado, y a no conservar los datos transmitidos más allá del periodo necesario para los fines que se hayan solicitado.

Como colofón al estudio de los requisitos para la entrada en España, previstos en la Ley de Extranjería y disposiciones reglamentarias que la desarrollan, y su modulación por la normativa contenida en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, podemos añadir que del conjunto de disposiciones estudiadas se puede deducir que la entrada de extranjeros en España, tanto sean nacionales de Estados Miembros como de Terceros Estados, no sufrirá grandes cambios tras la entrada en vigor de dicho Convenio, pues si bien la normativa que contiene es rígida, inflexible y dura para los nacionales de Terceros Estados que pretendan acceder al territorio común en busca de trabajo, la normativa española vigente no lo es menos, y el conjunto de disposiciones contenidas en la Ley de Extranjería ha sido desarrollado por las disposiciones reglamentarias buscando la confluencia con los compromisos internacionales que han ido perfilando el Grupo ad hoc sobre inmigración, el Grupo de Trevi y el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, al objeto de fortalecer las fronteras "exteriores", impedir la entrada nacionales de Terceros Estados y de permitir la convergencia española con el resto de los Estados Miembros.

Los cambios de situación tampoco serán perceptibles en lo que se refiere a la entrada de nacionales de Estados Miembros, ya que, actualmente, en la práctica, están sujetos a escasos controles y su situación a la hora de entrada en España es casi similar a la de los

españoles. Por ello podemos decir, que, en contra de lo augurado, la supresión de controles fronterizos interiores, al ser contrarrestada por el fortalecimiento de las fronteras exteriores y la aplicación de medidas de seguridad e información, no va a suponer relativizar las competencias españolas en materia de entrada, sino más bien el traslado de estas competencia a otros ámbitos de aplicación, como son las fronteras exteriores del territorio español y la contribución al mantenimiento de la seguridad y orden público del territorio común, con la finalidad de que la realización del espacio común permita mantener los actuales niveles de seguridad.

2º.- La permanencia de extranjeros en España.

La exclusión de los extranjeros de la titularidad del Derecho a la libre circulación y residencia y del Derecho al trabajo, recogida en los artículos 19 y 35 de la Constitución, y su posible modulación, según establece el artículo 13.1 de la Norma constitucional, por los tratados y la Ley, permiten el desarrollo, por la Ley de Extranjería y su Reglamento, de los distintos regímenes de permanencia legal en España de los extranjeros -nacionales de Terceros Estados- que hayan sido admitidos en el territorio nacional, cuya característica común reside en las amplias facultades discrecionales otorgadas a las autoridades administrativas para autorizar la permanencia de extranjeros en España. Las distintas situaciones administrativas en que puedan encontrarse los extranjeros dependerán del periodo de tiempo que vayan a permanecer en España y de si van a desarrollar o no una actividad económica durante su permanencia, lo que, a su vez, implica una serie de diferencias respecto a la documentación necesaria que deberán solicitar y obtener para permanecer, en situación legal, en el territorio español.

A)- Permanencia de corta duracion: Estancia.

Se considera que un extranjero está en situación de estancia cuando su permanencia en el territorio español no excede de noventa días¹. Es

¹ Arts. 13 de la Ley Orgánica 7/1985 y 16 y 66 del R.D. 1119/1986. El periodo de noventa días, que define la situación administrativa de "estancia", es también el estipulado en el Acuerdo del Consejo de Europa, sobre Régimen de circulación de personas, de 13 de diciembre de 1957, ratificado por España el 27 de abril de 1982 (BOE 1 de julio de 1982), para la entrada y permanencia durante este periodo a los nacionales de Estados firmantes del

preciso puntualizar, en lo que se refiere a este periodo de tiempo, que la normativa vigente no precisa, en contra de lo que sucede en otros países europeos², como podrá ser disfrutado: ¿noventa días al año?, ¿de modo continuo?, ¿es admisible el cómputo discontinuo?. Porque al no señalar claramente durante que periodo se hará el cómputo de estos días, se podrá dar el caso, por otra parte habitual en España, de que un extranjero pase años en nuestro país sin permiso de residencia, simplemente acudiendo a la frontera más próxima, cada tres meses y solicitando a la salida y entrada de España, que se estampille la fecha en su pasaporte, con lo cual todo el régimen aplicable a la estancia, su prórroga y los permisos de residencia puede resultar superfluo.

El régimen de estancia³ permite la permanencia y libre Acuerdo, en el territorio de otro Estado firmante, previa presentación de un documento de identidad válido o pasaporte caducado. En esta misma línea, así lo establece el artículo 6 de la Ley Belga de 15 de diciembre de 1980 sobre entrada permanencia y salida de extranjeros (Boletín de Legislación Extranjera BLE II Texto y Notas 3 de diciembre de 1981). En el Derecho Francés la estancia viene regulada en el artículo 5 de la Ordennance de 1945, reformada por ley de 29 de octubre de 1981 y por Ley de 9 de septiembre de 1986, así como por el artículo 3 del D. nº 46-1574, de 30 de junio de 1946, modificado por el D. nº84-1078 de 4 de diciembre de 1984, que establecen que no es preciso permiso de residencia para la permanencia de corta duración. Cfr. CH.NGUYEN VAN YEN: Droit de l'immigration, París 1986, pp.115-117 y «RCDIP» 1985, pp.163-170.

² Artículo 6 de la Ley Belga sobre entrada, permanencia y salida de extranjeros de 15 de diciembre de 1980. «Moniteur Belge», nº 253, de 31 de diciembre de 1980.

³ El Decreto 522/1974, de 14 de febrero, regulador del régimen de entrada, permanencia y salida de extranjeros y norma vigente hasta la publicación de la Ley de Extranjería, determinaba que los extranjeros que se encontraban en territorio español eran considerados, como domiciliados si gozaban de permiso de permanencia o de autorización de residencia, o como transeuntes, si eran viajeros en tránsito o visita turística o similar. El permiso de permanencia, que venía a constituir una autorización intermedia entre la permanencia turística y la residencia, podía tener una duración indeterminada, en base a

circulación en territorio español, por un periodo de noventa días⁴ y sin necesidad de autorización administrativa alguna, de los extranjeros que entran legalmente⁵ en nuestro país con fines de turismo, viajes, salud, asuntos familiares, peregrinaciones, recreo, deportes no profesionales y estudios de corta duración, siempre y cuando durante su permanencia en territorio español no realicen actividades lucrativas de ningún tipo⁶, sucesivas concesiones y prórrogas.

⁴ Excepto cuando el extranjero haya entrado en España con un visado para estancia no superior a treinta días, en cuyo caso podrá permanecer en territorio español durante el tiempo que se le conceda para la finalidad del viaje. No obstante, cuando medien causas que impidan realizar la salida en el plazo concedido, podrá autorizarse por la Dirección General de la Policía (Comisaría General de Documentación) o por los Gobernadores Civiles, una prórroga, por el tiempo indispensable para resolver la situación. También por delegación del Director General, podrán autorizar la prórroga las Jefaturas Superiores, Comisarias Provinciales y Locales de Policía, según establece el art. 65. 1 y 2 del R.D. 1119/1986, artículo cuya redacción es bastante confusa, pues mezcla la estancia limitada, con las medidas aplicables a extranjeros en tránsito. Delegación esta última un tanto imprecisa, por la sencilla razón de que si la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos que la tengan atribuida como propia (art. 4 LPA) serán los Gobernadores civiles los que puedan hacer uso de la potestad de delegación en favor de los órganos policiales y no el Director General. Vid. V. ESTRADA CARRILLO: Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería, cit. p. 154.

⁵ Es decir de los extranjeros que han sido autorizados a entrar por estar en posesión de la documentación adecuada (pasaporte, título de viaje o documento de identidad válido), con el correspondiente visado si fuese necesario, cuentan con los medios económicos suficientes y no son objeto de una prohibición de entrada.

⁶ Excepción incluida en el art. 3º del Acuerdo del Consejo de Europa sobre Régimen de circulación de personas, de 13 de diciembre de 1957, que, sin embargo, no afecta a los nacionales comunitarios, cuya situación viene regulada en el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio y será estudiada en capítulo aparte.

ya que en caso contrario, deberán solicitar el correspondiente permiso de trabajo, que les autorice a realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena⁷.

La exclusión del régimen de estancia de los extranjeros que realizan una actividad económica en España no ha impedido, sin embargo, que la mayoría de los extranjeros, que trabajan o pretenden trabajar en España hayan entrado en territorio español bajo el régimen de estancia, es decir con el pretexto de permanecer durante noventa días por cualquiera de los motivos aludidos, para después engrosar las filas de los trabajadores, en unos casos legales, pero la mayoría de las veces ilegales o clandestinos⁸, ya que viene siendo práctica habitual, que extranjeros provenientes de países que no precisan visado de entrada para estancias de corta duración, entren en España con billete de ida y vuelta, teóricamente en régimen de estancia y al llegar intenten encontrar un puesto de trabajo o un medio de vida y quedarse en España, aunque sea en situación ilegal, expuestos a ser devueltos o expulsados del territorio español.

Esta situación, que ha sido potenciada por las presiones económicas y demográficas en Terceros Estados, por la no exigencia de visado de estancia y por la rígida legislación española sobre residencia y trabajo, dirigida a proteger el empleo nacional, es frecuente no sólo en España, sino en la mayoría de los países europeos, y ha motivado el endurecimiento de las políticas de inmigración en la mayoría de los Estados europeos, entre ellos España, que ha instaurado la exigencia de

⁷ Art. 15 de la Ley orgánica 7/1985.

⁸ Este mismo problema intenta solucionar las disposiciones francesas sobre permisos de trabajo contenida en la Ley de 9 de septiembre de 1986, como pone de manifiesto D. TURPIN en "La loi de 9 de septembre de 1986, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France", en «RCDIP». 1986, p. 621.

visado de estancia, para nacionales de Estados, como los del Magreb, que hasta fecha reciente no lo precisaban para entrar en España, situación que se verá reforzada con la entrada en vigor del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen que, como señalamos, prevé la instauración de un visado uniforme de estancia para aquellos nacionales de Terceros Estados, cuya situación económica y demográfica les haga ser fuente exportadora de emigrantes, lo que incluye a determinados países latinoamericanos, hasta ahora exentos de este requisito de entrada en España.

La modulación de la legislación española sobre extranjería que va a producirse con la entrada en vigor del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, no tiene exclusivamente tintes negativos para los extranjeros, ya que hace extensiva a los extranjeros, nacionales de Terceros Estados, que hayan sido autorizados a entrar en el territorio común, la libre circulación por el territorio común, durante el periodo de estancia, aunque sometiendo su ejercicio a declaración ante las autoridades competentes del Estado Parte en cuyo territorio entren. Declaración, de la que están exentos los nacionales comunitarios, que deberá hacerse bien a la entrada o bien en el plazo de tres días hábiles a partir de la entrada, según disponga cada Estado Parte⁹. La extensión de este derecho permitirá a los extranjeros, nacionales de Terceros Estados, titulares de un visado uniforme y que hayan entrado regularmente en el espacio común, circular libremente por este territorio durante el periodo de validez del visado, que no podrá exceder de tres meses, siempre y cuando, además, cuenten con los medios económicos para subvencionar su estancia y su regreso, no esten incluidos en la lista de no admisibles, ni supongan un peligro para la seguridad, el orden

⁹ Art. 22 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

publico o las relaciones internacionales de los Estados Parte¹⁰ y, asimismo, permitirá circular libremente por el territorio común, durante tres meses y bajo las mismas condiciones, a aquellos extranjeros que no precisen de visado uniforme¹¹ y a los extranjeros titulares de un permiso de residencia expedido por un Estado Parte, a cuyo objeto, los Estados Parte comunicarán al Comité Ejecutivo la lista de documentos que expidan y que sirven como permiso de residencia o autorización provisional de residencia¹².

Cuando el extranjero desee permanecer legalmente en nuestro país más de noventa días deberá, previamente a la finalización de este periodo de tiempo, solicitar y obtener una prórroga de estancia, situación que es admitida por el Convenio de aplicación el Acuerdo de Schengen, para aquellos extranjeros que no precisen de visado uniforme para entrar en el territorio común, nunca para los demás extranjeros¹³, si bien limitando la prolongación de la estancia, exclusivamente, al territorio del Estado Parte, en este caso España, que la autoriza¹⁴, lo que implícitamente

¹⁰ Art. 19 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

¹¹ Extranjeros no sujetos a visado uniforme, que por ser nacionales de Estados Terceros con situación política y/o económica idónea resultan beneficiados, pues podrán circular libremente por una "duración máximo de tres meses en un periodo de seis meses a partir de la fecha de la primera entrada", según establece el art. 20 del convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

¹² Art. 21 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

¹³ Exclusión consecuente con uno de los fines primordiales del Convenio de aplicación: evitar la entrada de extranjeros de Estados con problemas económicos y demográficos, que pretendan instalarse y trabajar, aunque sea ilegalmente, en un Estado Parte.

¹⁴ Art. 20 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

viene a impedir la libre circulación por el territorio común del extranjero en situación de prórroga de estancia.

La prórroga de estancia "tendrá una validez máxima tres meses y se podrá conceder, a los extranjeros que la soliciten, una sólo vez en el plazo de doce meses, a contar desde la fecha de entrada, siempre que lo permita la validez del correspondiente visado, en el caso de que éste sea necesario"¹⁵, siendo preceptivo que el periodo de estancia junto con su prórroga dure como máximo seis meses¹⁶. La redacción del precepto permite constatar que la normativa española, en lo que se refiere a la prórroga de estancia, no difieren en el fondo de lo preceptuado en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, que permite, como hemos señalado, que se conceda una prórroga de estancia a extranjeros, que no precisen para entrar en el territorio común de un visado uniforme, pues al exigir, como condición indispensable, que el extranjero solicitante esté en posesión de un visado, cuando éste sea necesario, con una validez igual o superior a la del periodo de prórroga¹⁷, limita la solicitud y concesión de dicha prórroga a aquellos extranjeros, que por ser nacionales de determinados Terceros Estados o por su situación personal o económica favorable, no precisen de visado o no tengan problemas para obtener un visado que les habilite para permanecer en España otros noventa días¹⁸.

¹⁵ Arts. 13.1 a) de la Ley Orgánica 7/1985 y 16.1 del R.D. 1119/1986.

¹⁶ Art. 16.2 del R.D.1119/1986.

¹⁷ Art. 17.2 a) del R.D. 1119/1986.

¹⁸ Que según establece el art. 6.7 del R.D. 1119/1986, deberán solicitar del Gobernador Civil de la provincia o, en su caso, del Delegado del Gobierno.

La limitación temporal de la estancia y de su prórroga, a un período máximo de seis meses pretende evitar al Estado español vinculaciones no deseadas que pudieran dar lugar a la obtención del estatuto de residente legal, pues como señala la Exposición de Motivos de la Ley de Extranjería, la estancia no debe configurarse, necesariamente, como un paso previo para la obtener la residencia, ni permitir que se acepte como hecho consumado la presencia de extranjeros en nuestro país como medio de acceder a la condición de residentes, aunque, en contraste, hay que hacer notar que esta rigidez está más en la letra de la Ley que en la práctica habitual, ya que, como ha sido apreciado, ni es preciso en muchas ocasiones el visado, ni siquiera el pasaporte, bastando un Documento de Identificación Personal para entrar en España.

Tampoco se cumple, en las fronteras interiores, con el requisito de sellar el pasaporte o entregar documento acreditativo de la fecha de entrada, necesario para el cómputo del período de estancia, debido a que España, como país eminentemente turístico que es, no puede ni quiere poner trabas a la entrada de extranjeros, situación, ya señalada, que reduce la normativa vigente sobre el tema, a la posición de simple instrumento a utilizar en el caso de ser necesario, lo que a su vez implica una contradicción con la declaración sobre el principio de seguridad jurídica, contenida en la Exposición de Motivos de la Ley de Extranjería.

La solicitud de la prórroga de estancia sólo podrá ser realizada por aquellos extranjeros que hayan entrado en España sin intención de realizar ningún tipo de actividad lucrativa¹⁹, se encuentren dentro del período de estancia y tengan intención de abandonar el territorio nacional "dentro del plazo de noventa días a contar desde la terminación de dicho

¹⁹ En paralelo con la exclusión de este régimen de estancia de aquellos extranjeros que pretendan realizar una actividad económica, que siempre deberán solicitar un permiso de trabajo.

periodo". La solicitud²⁰ se formalizará mediante instancia presentada personalmente en la Jefatura Superior o Comisaría de Policía del lugar donde se encuentre o en su defecto en los puestos de la Guardia Civil más próximo²¹.

La Jefatura Superior o Comisaría de Policía realizarán, en su caso, las oportunas comprobaciones y averiguaciones sobre la identidad y demás circunstancias²² y una vez realizadas, los Gobernadores Civiles²³

²⁰ La Ley de Extranjería y su Reglamento incurren en una contradicción en lo que se refiere al momento en el cual hay que solicitar la prórroga de estancia, ya que, según el art. 6.7 del R.D. 1119/1986, será preciso solicitar la prórroga de estancia por aquellos extranjeros que han precisado visado de entrada por noventa días, a los 60 días de estar en territorio nacional, mientras que el artículo 66.2 del mismo Real Decreto señala que en caso de visitas turísticas, viajes etc., siendo o no preceptivo el visado, si se desea permanecer en España tendrá que solicitar la prórroga 15 días antes de expirar dicho plazo. Quizas este problema sea mínimo e incluso se pueda conjugar en el sentido de que se podrá solicitar la prórroga entre los 60 y los 75 días de estar en España, aunque esta posible solución no es óbice para notar que el Reglamento parece haber sido redactado sin la adecuada sistemática. Además, el Reglamento está afectado por el uso alternativo de periodos de cómputo por meses, artículo 16, y por días, artículo 6.7, lo que incorpora problemas en el cómputo temporal, si se tiene en cuenta que la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 diferencia el cómputo de meses: de fecha a fecha, artículo 60.2, y el cómputo de días: días hábiles, excluyendo los feriados, artículo 60.1, circunstancias que producen falta de coincidencia en los periodos efectivos de tiempo como consecuencia de la distinta técnica de cómputo y de la diferencia de calendarios oficiales entre los distintos territorios autónomos.

²¹ Solicitud que se formalizará en los impresos habilitados por el Ministerio del Interior y que deberá ir acompañada, según señala el art. 17.2 del R.D. 1119/1986, por los documentos siguientes: pasaporte o título de viaje con su correspondiente visado, cuando el extranjero lo haya precisado para entrar en España, que se anotará en el expediente y se devolverá al interesado, documentación fotográfica y la prueba de que se dispone de medios de vida suficiente para el tiempo que dure la prórroga.

²² Art. 17.3 del R.D. 1119/1986.

²³ Por delegación los Jefes Superiores y Comisarios Provinciales y Locales de Policía,

"podrán concederla", "si concurren las siguientes circunstancias: que la documentación se adapte a lo preceptuado, que la persona que lo solicitó no esté sujeta a prohibición expresa de entrada y que no existan razones de seguridad pública que se opongan a ello"²⁴. El texto de las normas transcritas pone de relieve la concurrencia de facultades discrecionales derivadas de la utilización del término "podrán", que atribuye validez jurídica tanto a la concesión como a la denegación de la prórroga, a la que se suman la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, con el supuesto fin de reforzar las facultades de la Administración, duplicación, por otra parte, habitual en materia de extranjería y que está presente tanto en la regulación de la entrada como de la expulsión de extranjeros de España, cuyos preceptos reguladores están redactados de forma similar, tal reduplicación resulta, sin embargo, inocua, según ha sido apreciado, al ser libre la Administración, a la hora de resolver, de forma que puede negar, válidamente, la solicitud de prórroga de estancia, aún en el supuesto de que se cumplan los requisitos establecidos por el Reglamento, por lo que no se aprecia eficacia alguna a la utilización conjunta de ambas técnicas²⁵, no permite excluir el control de la actividad administrativa en vía de recurso y su eventual revisión judicial.

La concesión de la prórroga de estancia se hará constar en el pasaporte mediante diligencia o, en caso de haber utilizado otra documentación según el artículo 18.1 del R.D. 1119/1986.

²⁴ Art. 18.1 del R.D. 1119/1986.

²⁵ Al respecto vid. V. ESCUIN PALOP: Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España, cit. p. 81.

ción para acceder al territorio nacional, se expedirá un documento aparte en el que conste dicha prórroga, previo abono, en ambos casos, de las correspondientes tasas fiscales²⁶, prórroga que amparará, una vez concedida, al titular de la misma y a las personas a su cargo que figuren en dichos documentos y estén ya en España²⁷. La prórroga de estancia pierde su vigencia una vez transcurrido el periodo para el que fué concedida y en el caso de que su titular incurra en alguno de los supuestos de expulsión recogidos en el artículo 26.1 de la Ley de Extranjería²⁸.

Cuando las autoridades competentes consideren que no se cumplen los requisitos necesarios para su concesión, la prórroga de estancia será denegada, denegación que habrá de ser notificada al interesado²⁹. Esta denegación presenta el problema de saber si ha de ser motivada o no, ya que, si bien la disposición adicional primera del Reglamento de la Ley de Extranjería, recoge la especialidad de los procedimientos sobre extranjería, paso de fronteras y permisos de trabajo a efectos de lo establecido en el artículo primero de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, también es cierto que el artículo 43 de la misma ley, establece, como requisito de los actos administrativos, la necesidad de

²⁶ Art. 18.2 del R.D. 1119/1986, y según el artículo 57.2 del mismo Real Decreto se asimilan a las tasas de expedición de permisos de residencia y trabajo y por lo tanto están sujetas al pago de la tasa por "Reconocimientos, autorizaciones y concursos", convalidada por el Decreto 555/1960, de 24 de marzo, en cuya tarifa 2 apartado 3), se determina cual será la cuota tributarla a pagar conforme a las cuantías aprobadas en los Presupuestos del Estado.

²⁷ Art. 18.2 del R.D. 1119/1986.

²⁸ Art. 20 del R.D. 1119/1986.

²⁹ Art. 18.3 del R.D. 1119/1986.

motivación de los actos administrativos que limiten derechos subjetivos. Referencia que exige conectar la posible denegación de la prórroga de estancia con el disfrute del derecho subjetivo de Libre Circulación y residencia amparado por el artículo 19 de la Constitución y desarrollado para los extranjeros en el artículo 6 de la Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que condiciona la libre circulación y residencia de los extranjeros en el territorio nacional español al hecho de hallarse legalmente en él y dado que, según la Ley de Extranjería y su Reglamento de ejecución, para permanecer legalmente más de tres meses en España es preciso la concesión de la prórroga de la misma, estimo que sí afecta al disfrute del derecho a la Libre Circulación el hecho de que le denieguen dicha prórroga, ya que entonces el extranjero no estará legalmente en España si permanece en territorio español, por lo que estará obligado a salir del territorio nacional, sino quiere ser objeto de una medida de devolución o expulsión, de lo que se deduce que la denegación de la prórroga de estancia deberá estar suficientemente motivada, motivación que habrá de basarse en el incumplimiento de alguna de las circunstancias establecidas por el Reglamento para la concesión de la prórroga: documentación adecuada, no ser objeto de ninguna prohibición expresa de entrada o por razones de seguridad pública que se opongan a su concesión.

La denegación de la prórroga tiene como consecuencia que el extranjero solicitante tenga que abandonar el territorio español y que en caso de no hacerlo pueda ser expulsado al encontrarse en situación ilegal³⁰.

El régimen jurídico de estancia sufre una quiebra cuando se trata de extranjeros en tránsito por el territorio nacional, tanto en los casos en que sin documentación o con documentación defectuosa haya sido

³⁰ Arts. 26.1 de la Ley orgánica 7/1985 y 18.3 del R.D. 1119/1986.

autorizada su entrada, como en aquellos otros en que los extranjeros vengan provistos de documentación regular, ya que si concurren circunstancias especiales, según lo previsto en el artículo 12.4 de la Ley de Extranjería, el Ministerio del Interior, a propuesta de los servicios policiales, podrá adoptar alguna de las medidas cautelares, previstas en el artículo 6 de la Ley³¹, así como la imposición de la fecha de salida, medio de locomoción e itinerarios concretos a seguir por los extranjeros³². Medidas que, de modo habitual, son aplicadas por las autoridades españolas, dentro de la calificada Operación Estrecho, a los nacionales de los países del Magreb, que siendo emigrantes en Estados europeos vuelven a sus países del origen con motivo de las vacaciones estivales.

B) – Permanencia de larga duración: Residencia.

1.- La distinción entre residencia sin desarrollo de actividad lucrativa y residencia con actividad lucrativa.

El ciudadano extranjero, nacional de Terceros Estados, que pretenda permanecer legamente en España, por un periodo superior a tres meses³³

³¹ Medidas que según establece el art. 6 de la Ley de Extranjería, habrán de adoptarse, por el Ministro del Interior, por razones de seguridad pública y que pueden consistir: a) Presentación periódica ante las autoridades competentes; b) Alejamiento de fronteras o núcleos de población concretos y c) Residencia obligatoria en determinado lugar. Según estima R.M. FERRER PEÑA, cuando se trate de extranjeros provistos de documentación regular, las medidas únicamente pueden adoptarse si concurren razones de seguridad pública que, además, conforme reiterado criterio jurisprudencial, habrán de probarse, vid.: Los Derechos de los extranjeros en España, cit., p. 133.

³² Art. 65 del R.D. 1119/1986.

³³ A no ser que su estancia se prologue por un periodo máximo de seis meses, en cuyo

tendrá que solicitar el correspondiente permiso de residencia³⁴, que le otorga el estatuto de residente legal³⁵. No obstante, la Ley de Extranjería, de modo similar a la anterior regulación legal contenida en el Decreto 522 /1974 de 14 de febrero, distingue dos situaciones diferentes en las que se pueden encontrar los extranjeros, que configuran los dos tipos básicos de residencia, una, que afecta a los extranjeros que sólo pretenden residir en España en condición de pensionistas, jubilados, estudiantes, familiares de trabajadores..., y otra, que engloba a los extranjeros que además de residir en España, van a realizar alguna actividad lucrativa; en el primer supuesto, es suficiente que los extranjeros obtengan un permiso de residencia concedido por las autoridades competentes del Ministerio de Interior, mientras que los extranjeros que además pretendan realizar algún tipo de actividad económica deberán solicitar y obtener un permiso de residencia y un permiso de trabajo que serán concedidos respectivamente por las autoridades competentes del Ministerio del Interior y del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, lo que implica a su vez una distinta tramitación procedimental. Esta diferenciación de regímenes jurídicos de residencia, surge como consecuencia de los distintos intereses que la Administración tutela, únicamente la seguridad y el orden público, o simultáneamente, la protección del empleo nacional³⁶, y es habitual en caso podrá solicitar, si no va a realizar ningún tipo de actividad económica, una prórroga de estancia.

³⁴ Art. 13.1 b) de la Ley Orgánica 7/1985. Excepción hecha de la prórroga de estancia que como hemos vistos puede ampliar el periodo de estancia legal en España durante tres meses.

³⁵ Art. 13.4 de la Ley Orgánica 7/1985.

³⁶ Sobre este punto, V. ESCUIN PALOP: Régimen jurídico de entrada y permanencia de extranjeros en España, cit., p. 29.

la mayoría de los países de nuestro entorno, en los que como en España, en la actualidad, se prima el primero y se intenta restringir el segundo.

2.- Residencia sin desarrollo de actividad lucrativa.-

Toda aquella persona extranjera, que desée residir legalmente en España sin desarrollar una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena deberá solicitar y obtener el correspondiente permiso de residencia. Su regulación legal viene recogida en la Sección Segunda del Capítulo II del Reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería.

a). Permisos de residencia: clases y requisitos.

El Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería establece tres tipos de permisos de residencia atendiendo tanto a la duración del mismo, como al periodo de tiempo que el extranjero haya permanecido en territorio nacional, con anterioridad a la concesión del permiso:

Permiso de residencia inicial³⁷: Es la autorización que abre al extranjero la posibilidad de residir temporalmente en España; puede otorgarse al extranjero que se encuentren legalmente en España con el propósito de fijar su residencia en el país y no haya residido legalmente en el territorio español durante al menos dos años. Este permiso se concede por un periodo mínimo de tres meses y un máximo de dos años.

Permiso de residencia ordinario³⁸: cuyo periodo máximo de validez será de cinco años y que se concede al extranjero que pretenda estable-

³⁷ Art. 21.1 a) del R.D.1119/1986.

³⁸ Art. 21.1 b) del R.D. 1119/1986.

cerse definitivamente en territorio español y pruebe haber permanecido legalmente en España de forma continuada al menos durante el periodo de dos años

Permiso de residencia especial³⁹: Este permiso de residencia tiene un periodo máximo de validez de diez años y se podrá conceder a los extranjeros que se encuentren legalmente en territorio español, tengan arraigo en él y acrediten haber residido legamente durante más de dos años, y que, además, demuestren su especial vinculación con España, vinculación que está supeditada a la adecuación a una serie de circunstancias recogidas en el Reglamento, cuyo análisis permite agruparlas en cuatro grandes grupos sobre la base de la causa motivadora⁴⁰:

- La posesión de las condiciones determinantes para la adquisición de la nacionalidad española por residencia de un año en España, conforme a los requisitos especificados por el artículo 22.2 del Código Civil: que sean extranjeros que hayan nacido en España, o bien que estén casados con español o española que residan y no estén separados de hecho o de derecho⁴¹, que hubieran tenido la nacionalidad española, que sean des-

³⁹ Art. 21.1 c) del R.D. 1119/1986.

⁴⁰ Vid. al respecto J.M. ESPINAR VICENTE: La extranjería en el sistema español de Derecho Internacional Privado, cit., p. 118.

⁴¹ La situación del conyuge extranjero de español o española no es objeto de adecuada regulación en este Real Decreto, pues para solicitar un permiso de residencia especial se le exige dos años de residencia legal en España, en contraste con esta situación, si este mismo extranjero deseara adquirir la nacionalidad española, precisaría sólo un año de residencia en España, según el actual art. 22.2 d) del CC, conforme a la redacción introducida por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, que endurece las condiciones respecto a la situación anterior al exigir, en paralelo con el R. D. 1119/1986, que el matrimonio no esté separado de hecho o de derecho. Estas dificultades fueron parcialmente solventadas por el R.D. 1099/1986, regulador de la situación de los nacionales comunitarios, que extendió este régimen a los familiares de

endientes de extranjeros que habiendo tenido de origen la nacionalidad española residan en España o que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.

- El cumplimiento de la condición de ser personas originarias de territorios vinculados históricamente a España, que también encuentra afinidad clara con el artículo 22.1 del Código Civil, cuando dispone que será suficiente dos años de residencia para adquirir la nacionalidad cuando se trate de extranjeros iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos o sefardíes, que acrediten su respectiva condición. Junto a ellos, el Reglamento extiende el privilegio a las personas originarias de la ciudad de Gibraltar⁴², y a extranjeros originarios de países en los que España ejerció su protectorado.

- Extranjeros que a pesar de no reunir ninguna de las condiciones anteriores acrediten haber residido en España de forma continua y legal durante diez años, es decir aquellos extranjeros que, según el párrafo primero del artículo 22.1 del Código Civil, puedan solicitar la naturaliza-

españoles (conyuge que no este separado de hecho de o de derecho, hijos a su cargo, y ascendientes a su cargo), cualquiera que fuera su nacionalidad, y está regulada actualmente por el R.D. 766/1992, que deroga y sustituye al anterior, que mantiene la aplicación del régimen de entrada y permanencia de los nacionales comunitarios a los familiares de españoles, configurándose con ello, un régimen de residencia mucho más ventajosa, que si se regulase conforme al régimen general establecido por la Ley de Extranjería.

⁴² La Ley pretende favorecer el establecimiento de ciudadanos de Gibraltar en nuestro país, quizá como un medio de unión entre las comunidades sociales del territorio de Gibraltar y del Estado Español, para ello establece un régimen especial privilegiado pues no sólo podrán obtener un permiso de residencia especial, sino que los ciudadano gibraltareños, su conyuge, ascendientes y descendientes en primer grado, podrán obtener un permiso de residencia ordinario de 5 años de duración, renovable por el mismo periodo si realizan una actividad lucrativa por cuenta propia o cuentan con arraigo económico en España, no siendoles aplicable el régimen general.

ción por residencia sin poder alegar ninguna circunstancia de privilegio⁴³.

- Extranjeros con la condición de pensionistas o jubilados, en este grupo se encuentran quienes reciben su pensión de otros países y pretendan residir en España, y los extranjeros que han trabajado en España y que ahora reciben una pensión de instituciones públicas o entidades privadas españolas.

b).Solicitud e instrucción de los permisos de residencia.

La solicitud de permiso de residencia se presentará -en tanto no se constituyan las Oficina de Extranjeros⁴⁴ - en la Jefatura Superior o Comisaría de Policía⁴⁵, en el supuesto de que los trámites se inicien

⁴³ Resulta cuando menos sorprendente que el R.D. 1917/1986 por el que se modifica los artículos del Reglamento del Código Civil que afectan a la nacionalidad no haya tenido en cuenta para nada los permisos de residencia que se otorgan a los extranjeros, ya que podía haber establecido que la prueba de la residencia legal y continuada en España, necesaria para la adquisición de nacionalidad por residencia, fuera el permiso de residencia otorgado por las autoridades competentes del Ministerio del Interior, que teóricamente son las mas capacitadas para controlar la efectiva residencia de un extranjero en España. Vid. en este sentido J. M. ESPINAR VICENTE: La extranjería en el sistema español de Derecho Internacional Privado, cit., p. 120.

⁴⁴ El R.D. 1521/1991, de 11-de octubre, crea las Oficinas de Extranjeros, a quien se encarga la instrucción, proposición de resolución y expedición de los permisos de residencia, y a la vez autoriza a los Ministerios del Interior y Trabajo y Seguridad Social para dictar las disposiciones necesarias para su desarrollo y aplicación.

⁴⁵ Art. 22.7, que remite al art. 17.3 del R.D. 1119/1986, que admite asimismo, la presentación de la solicitud ante los Puestos de la Guardia Civil, que remitirán la solicitud a la Jefatura Superior o Comisaría de Policía.

una vez que el extranjero se encuentre en España, o bien ante las embajadas u oficinas consulares españolas en el extranjero⁴⁶. Para la admisión de la solicitud se requiere que el extranjero se encuentre en situación legal en España y, en este sentido, la Ley establece las situaciones legales en las que el extranjero ha de encontrarse para solicitar los diversos tipos de permisos, así cuando se solicite el permiso de residencia inicial será preciso estar en situación de estancia legal o de prórroga de la misma; cuando la solicitud se encamine a obtener un permiso ordinario habrá de probarse que se está en posesión de un permiso inicial y, finalmente, cuando se desée obtener un permiso de residencia especial habrá que estar en posesión de cualquiera de los dos permisos anteriores o sus respectivas prórrogas⁴⁷.

La solicitud de permiso de residencia ira acompañado de los documentos⁴⁸ necesarios para que la autoridad competente pueda estudiar las circunstancias del caso, dado su carácter, mas estable que la estancia: Documentación identificativa válida para entrar en España; visado de residencia, que deberá ser expedido por la autoridades consulares españolas dentro de cuya demarcación resida el extranjero⁴⁹ y cuya obtención, como ya señalamos, no supone la concesión automática del permiso de residencia, ya que las autoridades competentes del Ministerio del Interior pueden impedir la entrada o incluso negar el

⁴⁶ Art. 22.7 párrafo final del R.D. 1119/1986, quienes lo remitiran a la Dirección General de la Policía o Gobiernos Civiles correspondientes.

⁴⁷ Art. 22.1 del R.D. 1119/1986.

⁴⁸ Art. 22.2 del R.D. 1119/1986

⁴⁹ Art. 7.6 del R.D. 1119/1986.

permiso de residencia a extranjeros en posesión de un visado de residencia cuando las circunstancias así lo aconsejen; certificado de antecedentes penales expedido por la autoridad del País de origen o procedencia si se trata de un primer permiso, o por las autoridades españolas para los permisos posteriores; certificado de estar inscrito en el Consulado de su país⁵⁰; además de acreditar la concurrencia de alguna de las circunstancias específicamente establecidas por ley cuando se solicite el permiso de residencia especial⁵¹.

En todos los casos será necesario que el solicitante pruebe que cuenta con "los medios suficientes de vida", lo que realmente parece conferir a la Administración un poder discrecional, pues, en contra de lo que sucede con la residencia de nacionales comunitarios⁵² -como antecedente de posible aplicación analógica-, la normativa vigente no establece cual es el monto considerado suficiente par poder residir legalmente en España, por lo que será preciso demostrar por parte del

⁵⁰ Podrá ser eximida, por la autoridad competente, cuando existan razones excepcionales que justifiquen dicha dispensa, la presentación de alguno de los siguientes documentos: visado de residencia, certificación de inscripción en el Consulado y certificación de antecedentes penales. Para ello, el interesado deberá instar a la autoridad competente, exponiendo las razones y aportando las pruebas suficientes, sobre ello, se dictará resolución propia, que hasta tanto se produzca, tendrá en suspenso el expediente, caso de haberse iniciado. Como ya señalamos al estudiar los visados, la exención que se solicita con más frecuencia, y que se presenta ante las Oficinas de Extranjeros es la de visado, pero no de residencia, sino de residencia y trabajo.

⁵¹ Art. 22.3 del R.D. 1119/1986.

⁵² Según establece el art. 10.2 del R.D. 766/1992, los medios económicos se considerarán suficientes, para la residencia de nacionales comunitarios, cuando superen el nivel de la pensión mínima de jubilación para mayores de sesenta y cinco años establecida por la Seguridad Social española.

extranjero solicitante y apreciar por parte de la Administración, que se tienen los suficientes medios económicos para residir en España o bien que se recibirán periódicamente⁵³, debiendo acreditar mediante certificación, en el supuesto de que los medios de vida procedan de acciones o participaciones en empresas españolas, mixtas o extranjeras radicadas en España, que no se ejerce ningún tipo de actividad laboral en ninguna de ellas⁵⁴; además, deberá contar con una vivienda considerada digna en el lugar en que pretende residir y tendrá que demostrar que es titular de un seguro de enfermedad, siendo preciso, que tanto los medios de vida como la vivienda y el seguro de enfermedad cubran las necesidades de las

⁵³ Apreciación de los medios económicos por parte de la Administración, al denegar el permiso de residencia, considerada correcta por el Tribunal Supremo, en STS 18 de noviembre de 1990, Ponente: Sr. HERNANDO SANTIAGO (RAJ, 8632) y 1 de junio de 1991, Ponente: Sr. FUENTES LOJO (RAJ, 4603). Estima, en el primer caso, que pese a la alegación por parte de la extranjera solicitante, de que sus hermanos, residentes en España, iban a subvencionar su estancia, dicha alegación no había sido demostrada suficientemente a pesar de que "hubiera sido extremadamente fácil acreditarlo, mediante prueba de documentos y testifical, luego si no ha interesado la práctica de tales pruebas se puede deducir lógicamente que no puede disponer de esos medios probatorios ya que no son ciertos los hechos alegados en relación con la entrega de dinero por parte de sus citados hermanos". En el segundo caso, a pesar de las alegaciones de la solicitante, en el sentido de que convivía con un español, que se hacía cargo de todos sus gastos, la realidad prueba que al solicitar el permiso de residencia carecía de medios de vida propios, pues no se dio de alta en la licencia fiscal hasta fecha posterior a la denegación del permiso de residencia, ni aporta justificante alguno de los ingresos que pudo haber tenido en dicha actividad, lo que confirma la denegación de permiso, "sin que pueda obstar para ello, que la persona con la que dice convivir sentimentalmente, haya hecho constar en el acta notarial que convive en su domicilio porque tal manifestación no es suficiente para llegar a la conclusión de que existe realmente una unión seria aunque sea extramarital, al no confirmarlo así el interesado, ni ratificarlo ante el Tribunal de primera instancia compareciendo como testigo".

⁵⁴ Art. 22.4 del R.D.1119/1986.

personas a cargo del solicitante del permiso. .

Formaliza la solicitud, los servicios desconcentrados de la Dirección General de Policía enviarán los expedientes, debidamente informados, a las autoridades competentes para su instrucción complementaria y resolución⁵⁵, quienes podrán instar, cuando así lo estimen conveniente, información de la conducta y antecedentes del extranjero solicitante al país de origen o países donde haya residido en los último cinco años⁵⁶, medida de seguridad, que evidencia las facultades discrecionales otorgadas por la Ley a las autoridades administrativas competentes y que se verá complementada con la entrada en vigor del Acuerdo de Schengen, que permitirá el acceso directo al denominado Sistema de Información de Schengen, al objeto de consultar los datos relativos a los extranjeros incluidos en "lista de no admisibles" al territorio común⁵⁷.

La entrada en funcionamiento de las Oficinas de Extranjeros, creadas por Real Decreto 1521/1991, de 11 de octubre, supondrá un cambio fundamental en la tramitación de estos permisos, pues serán estas Oficinas, en aquellas provincias en las que se constituyan, las encargadas de instruir el expediente y de elevar propuesta de resolución a la autoridad competente, que se limitará a resolver, consiguiéndose con ello la aplicación de criterios uniformes y agilizar el procedimiento de resolución de las solicitudes de permiso de residencia, evitando, de este modo, disparidad de criterios a la hora de conceder o denegar los permisos y que transcurra un periodo excesivamente largo entre la solicitud y la resolución, como era habitual hasta la fecha.

⁵⁵ Art. 23.2 del R.D. 1119/1986.

⁵⁶ Art. 22.6 del R.D. 1119/1986.

⁵⁷ Art. 101.2 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

c) Resolución de las solicitudes de los permisos de residencia.

Las autoridades competentes para resolver las solicitudes de permisos de residencia serán diferentes, dependiendo del tipo de permiso solicitado, cuando se solicite un permiso de residencia inicial u ordinario serán competentes los Gobernadores Civiles de la Provincia en que se soliciten, o en su caso, los Delegados del Gobierno, y para los permisos de residencia especiales lo será la Dirección General de Policía⁵⁸.

Los permisos de residencia "serán concedidos" por las autoridades competentes si el extranjero cumplen todos los requisitos exigidos reglamentariamente y no recaen sobre los interesados alguna de las siguientes circunstancias: No ser objeto de ninguna de las prohibiciones de entrada determinadas en el artículo 14 del Reglamento; no encontrarse incurso en ninguno de los supuestos de expulsión del artículo 26.1 de la Ley de Extranjería; inexistencia de razones legales de seguridad pública, sanitarias o de naturaleza análoga que impidan su concesión⁵⁹, circunstancias objetivas y relativamente fáciles de constatar las dos primeras, mientras que, en la última, se sitúa la decisión administrativa ante conceptos jurídicos indeterminados, que tendrán que ser objeto de la adecuada ponderación por la correspondiente autoridad administrativa.

La utilización del concepto de seguridad pública en la normativa española contrasta con la utilización directa del concepto de orden

⁵⁸ Art. 23.1 del R.D. 1119/1986.

⁵⁹ Art. 23.3 del R.D. 1119/1986, que también faculta a la Dirección General de Policía para conceder los permisos de residencia a los extranjeros que se les haya otorgado la condición de refugiado o asilado,

público en la normativa francesa que está omnipresente en todo lo relacionado con la entrada, residencia y expulsión de extranjeros, desde la entrada en vigor de la Ley de 17 de julio de 1984, en esta reintroducción del concepto en la legislación francesa se ha optado por un concepto de orden público amplio "presencia que amenace el orden público" y por lo tanto más difícil de controlar, defendido por la Asamblea Nacional, frente a un concepto más estricto "por motivos de orden público", defendido por el Senado.⁶⁰

La utilización del imperativo "serán concedidos", no implica, por otra parte, "un total desmantelamiento del ámbito del poder de la Administración"⁶¹, ya que las normas relativas a la residencia, parten de que el solicitante se encuentra ya en España, bien en situación de estancia legal o prórroga de estancia para la obtención de un permiso inicial o de éste, si se pretende obtener un permiso ordinario, o de uno de los dos si se pretenden la concesión de un permiso especial, lo que presupone que la Administración ha hecho uso de sus amplias facultades para autorizar la estancia en España o conceder una prórroga; entre la documentación que se exige para solicitar el permiso de residencia se encuentra estar en posesión del correspondiente visado de residencia⁶²,

⁶⁰ Vid. M. SIMON-DEPITRE: "Le séjour en France des étrangers depuis la Loi 17 de juillet 1984", en «RCDIP» 1985, p.607.

⁶¹ Vid. V. ESCUIN PALOP: Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España, cit., p. 82.

⁶² Visado, que en contra de la opinión de V. ESCUIN PALOP: Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España, cit., p. 82; siempre es exigido a los extranjeros que soliciten un permiso de residencia, independientemente, de que se encuentren en situación de estancia o residencia, a no ser que expresamente se solicite la exención de presentación de este visado, conforme establece el art. 22.3 del R.D. 1119/1986, pues es preciso señalar, que el visado que se debe presentar es el visado de residencia, que no tiene

cuya obtención supone un control previo del extranjero solicitante, y finalmente, la exigencia de presentación de un certificado de antecedentes penales, así como la acreditación de medios económicos suficientes, disposición de una vivienda digna y de un seguro de enfermedad, "determinan la exclusión de los peticionarios no deseados, sin necesidad de recurrir a facultades discrecionales"⁶³. En estas circunstancias es criticable que la normativa española no haya previsto, como sucede en otros países, el derecho a la concesión automática del permiso de residencia para determinadas categorías de extranjeros, que por su larga permanencia en el territorio español o por sus relaciones familiares demuestren un especial arraigo con España⁶⁴.

nada que ver con el visado de estancia, visados estos últimos que sí son objeto de supresión mediante Acuerdos internacionales, que no son nunca extensivos a los visados de residencia.

⁶³ Vid. V. ESCUIN PALOP: Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España, cit., p. 82.

⁶⁴ La legislación francesa prevé la concesión "de plein droit" del carte de résident (lo que no impide que puedan ser expulsados de Francia, excepto en casos de urgencia absoluta) para determinadas categorías de extranjeros como son: el conyuge de un extranjero, los mayores de dieciocho años, en el año siguiente a su mayoría, que residan en Francia desde 1984 y justifiquen regularidad escolar, los titulares de pensiones de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, los apátridas y refugiados y su familiares que lleven tres años en Francia, además por la Ley de 1989 se ha extendido la titularidad de este derecho a los extranjeros denominados "ni-ni", es decir ni beneficiarios de pleno derecho de un permiso de residencia, ni expulsables de Francia, en base a disposiciones protectoras, que estaban condenados a vivir en la ilegalidad, la nueva Ley suprime estas restricciones y facilita la situación "incluso demasiado", pues basta con justificar la residencia "habitual" (legal o ilegal) durante quince años, a contar desde los diez años de edad, incluso si el extranjero ha sido condenado a pena de seis meses de prisión o un año con suspensión o a varias penas que sumen ese tiempo en total. Nueva normativa que se puede considerar como un proceso de regularización encubierto. Vid. D. TURPIN: La loi 2 aout 1989 relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France. *Rauvadge de la loi Pasqua ou esquisse d'une «nouvelle*

La entrada en vigor del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen obligará a las autoridades competentes españolas a tener en cuenta una nueva circunstancia a la hora de conceder los permisos de residencia: que el extranjero no se encuentre incluido en "la lista de no admisibles" al territorio común, esta obligación impedirá a las autoridades españolas, la concesión de un permiso de residencia a un extranjero, que se encuentre inscrito como no admisible en el territorio, excepto en los supuestos en que dicho permiso de residencia se conceda por motivos humanitarios o derivados de obligaciones internacionales, en cuyo caso, se procederá a retirar la inscripción, si bien el Estado informador podrá inscribir a dicho extranjero en su lista nacional de no admisibles⁶⁵.

La expedición y entrega de los permisos de residencia se llevará a cabo por las Oficinas de Extranjeros, en aquellas provincias que existan o por la Jefatura Superior o Comisaría de Policía en caso contrario y deberá inscribirse en el Registro especial del Ministerio del Interior, el cual previo pago de las tasas fiscales correspondientes⁶⁶ librará una tarjeta individual a su titular, pudiendo incluir en ella a los hijos o representantes menores o mayores incapacitados, siempre que se pruebe documentalmente que el extranjero es «titular de un derecho de ciudadanía», cit., pp. 637-639.

⁶⁵ Art. 25.1 del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

⁶⁶ Tasas Fiscales establecidas en los artículos 56,57,58 y 59 del R.D.1119/1986, que establecen que la expedición de los permisos de residencia a extranjeros estará sujeto a la tasa por "Reconocimiento, autorizaciones y concursos" convalidada por el referido Decreto 551/1960 de 24 de marzo, siendo la cuota tributaria a ingresar en Hacienda, la resultante de la aplicación del apartado 3 de la tarifa segunda de dicho Decreto, que será actualizado conforme a los porcentajes autorizados en los Presupuestos del Estado.

talmente su dependencia del titular del permiso de residencia, aunque todos ellos pueden disfrutar de tarjetas individuales⁶⁷.

La denegación del permiso de residencia habrá de notificarse al extranjero solicitante⁶⁸, notificación que, ni la Ley de Extranjería ni su Reglamento, determinan que habrá de ser motivada, pero que estimo ha de serlo por las mismas razones que ya he señalado al tratar de la denegación de la prórroga de estancia, es decir, que si bien, la disposición adicional primera del Reglamento de la Ley sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, recoge la especialidad de los procedimientos de extranjería a los efectos de lo dispuesto en el artículo primero de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, también es cierto que el artículo 43 de dicha Ley, aplicable en todo caso, señala la necesidad de motivación de los actos administrativos que limiten derechos subjetivos, como es el Derecho a circular libremente y a elegir su residencia en España, reconocido en el artículo 6 de la Ley de Extranjería para los extranjeros que se encuentren legamente en territorio español, por lo que la denegación del permiso de residencia al afectar al disfrute de un derecho subjetivo -pues supone que el extranjero ya no se encuentra en situación legal y, por lo tanto, han de salir del territorio nacional, ya que, en caso contrario, podrá ser objeto de una medida de expulsión- deberá ser motivada, al afectar directamente a su patrimonio jurídico y al ejercicio y disfrute de un derecho subjetivo. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1988⁶⁹, recoge el fundamento de la Sentencia apelada de que "si bien la

⁶⁷ Arts. 14.3 de la Ley Orgánica 7/1985 y 28. 2 f) del R.D. 1119/1986.

⁶⁸ Art. 23.4 del R.D. 1119/1986.

⁶⁹ STS 26 de mayo de 1988, Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ, (RAJ 4206).

autorización de residencia de los ciudadanos extranjeros puede resultar mermada por la Administración, tal decisión debe contenerse en resolución motivada del órgano resolutorio como resultado de un proceso razonado, valorando las circunstancias concurrentes".

La utilización de conceptos jurídicos indeterminados, tanto para la definición de las condiciones que deben ostentar los extranjeros solicitantes del permiso de residencia, como para la enumeración de los supuestos en los que la autoridad competente puede conceder o denegar el permiso, permite constatar el uso, motivado, que la Administración hace de las competencias que la legislación le concede.

La revisión judicial de dicha actividad administrativa, avala el criterio restrictivo con que la Administración aplica la legislación vigente, al considerar conforme a Derecho, la denegación de un permiso de residencia, fundada en que el extranjero solicitante está incurso en uno de los supuestos de expulsión (art.26.1 b) de la Ley de Extranjería) - encontrarse trabajando sin permiso de trabajo- a pesar de llevar residiendo y trabajando en España durante más de siete años y de que dos de sus hijos hubieran nacido en territorio nacional, ocupar una vivienda en calidad de arrendatario y desarrollar una actividad aparentemente normal, dado que la denegación se ve reforzada por informes policiales, que implican al solicitante del permiso en actividades extracomerciales, afectantes a la seguridad del Estado español y relacionadas con los servicios de información de la República Libia y con los movimientos independentistas en Canarias, que sirven "para reforzar al Tribunal de Instancia en la convicción de la adecuación a derecho de los actos administrativos impugnados basados en la existencia de la condición del ap. b) del art. 26.1 de la Ley de 1 de julio de 1985, también contemplada en la sentencia cuya única concurrencia ya determina por sí sola la

denegación del permiso de residencia"⁷⁰.

Esta tesis es reforzada por la exigencia de probar fehacientemente la posesión de medios económicos suficientes para subvencionar la permanencia en España, expresada en la Sentencias de 18 de noviembre de 1990 y de 1 de junio de 1991⁷¹, sin que las meras alegaciones generales sean suficientes para considerar cumplida esta condición y, por la declaración contenida en en la Sentencia de 3 de mayo de 1991, que al estimar la nulidad del acto impugnado (la denegación de residencia) y el derecho de la recurrente a obtener el correspondiente permiso, señala que "la desestimación del recurso de apelación que fluye de cuanto dejamos expuesto en el párrafo anterior, no obsta a que, vistas las restantes alegaciones de la parte apelante, agreguemos que la especificación contenida en el fallo, en cuanto que declara «el derecho que tiene la recurrente a obtener el permiso de residencia solicitado, siempre que, en el momento actual, las situaciones de hecho sean iguales a las existentes al tiempo de la solicitud» resulta de todo punto procedente, pues la fiscalización jurisdiccional se efectúa en ponderación de las circunstancias concurrentes en el momento de la petición deducida y las mismas pueden ciertamente haberse alterado dado el tiempo transcurrido", lo que implica matizar el principio de congruencia procesal con lo demandado por la incidencia de la cláusula "rebus sic stantibus".

La denegación del permiso de residencia determinará, según establece el Reglamento, la salida voluntaria o forzosa del extranjero del territorio español⁷², sin embargo, es preciso señalar, que esta salida

⁷⁰ STS de 7 de mayo de de 1990. Ponente: Sr. SANZ BAYON, (RAJ, 3802).

⁷¹ STS de 18 de noviembre de 1990. y 1 de junio de 1991, cit., vid. nota 21.

⁷² Art. 23.4 "in fine" del R.D. 1119/1986.

podrá no llevarse a cabo en el supuesto de que el extranjero, al que se le haya denegado el permiso, recurra dicha resolución, en vía administrativa y judicial, y solicite y obtenga la suspensión del acto denegatorio, en tanto se resuelva el recurso presentado.

d) -Vigencia y supuestos de extinción de los permisos de residencia.

El permiso de residencia tiene como periodo de vigencia el previsto de modo específico en la concesión. Además de la extinción ordinaria del permiso de residencia, por el transcurso del tiempo, existen una serie de causas extraordinarias que pueden producir la extinción del mismo.

Los motivos que pueden producir la extinción anticipada son de diversa índole, algunos de ellos están relacionados con el incumplimiento sobrevenido de los requisitos necesarios para obtener el permiso: dejar de poseer pasaporte o documento válido y en vigor, dejar de disponer de recursos económicos suficientes, seguro de enfermedad, vivienda adecuada, ser expulsado de territorio nacional o incurrir en alguno de los supuestos de expulsión. También pierde el permiso su validez cuando el extranjero pierde o cambie su nacionalidad, o abandone España durante más de seis meses, de forma continuada en un periodo de doce meses y cuando se vea obligado a su renovación extraordinaria, en virtud de lo dispuesto por la autoridades competentes, en estados de alarma excepción y sitio conforme establece la Ley Orgánica 4/1984 de 1 de junio⁷³. Circunstancias, algunas de ellas, que más que extinción de la vigencia constituyen en realidad motivos de anulación de los permisos en función de las razones que se indican y de las circunstancias

⁷³ Art. 26.1 del R.D.1119/1986.

determinantes del régimen de permanencia, sin embargo, en definitiva, lo importante es que las causas de extinción estén previstas legalmente, y que su adopción se atempere a las reglas generales de procedimiento y a las específicas establecidas para los casos que puedan dar lugar a medidas o sanciones ulteriores, reduciendo en lo posible los márgenes de discrecionalidad⁷⁴.

Como complemento de las causas ordinarias y extraordinarias de extinción de vigencia de los permisos de residencia, la Ley incluye una cláusula de salvaguarda, mediante la cual, las autoridades gubernativas competentes, podrán anular, mediante resolución motivada, los permisos de residencia de aquellas personas que se demuestre incurrieron en "inexactitudes graves de las alegaciones formuladas por el titular para solicitarlo o la falsedad de alguno de lo documentos presentados en apoyo de su solicitud"⁷⁵, circunstancia que exige adecuado rigor en la tramitación de los permisos y evitar que su posible actualización sea producto de la casualidad o del conocimiento por denuncia, con el consecuente agravio del damnificado en relación con aquellos que puedan ser beneficiarios del desconocimiento por las autoridades y funcionarios responsables de la tramitación de los expedientes, que, como la práctica ha mostrado, han incurrido en prácticas ilícitas en flagrante conflicto con la norma⁷⁶. Esta problemática exige considerar los requisitos que para la revisión de los actos en vía administrativa requiere el Título V de

⁷⁴ Cfr. en R.M. FERRER PEÑA: Los Derechos de los extranjeros en España, cit., p. 138.

⁷⁵ Art. 26.3 del R.D. 1119/1986.

⁷⁶ Casos de falsificaciones de documentación realizadas por funcionarios vinculados a las Direcciones Provinciales del Ministerio de Trabajo y del Ministerio del Interior, que están siendo objeto de actuaciones judiciales.

la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, artículos 109-112, con Intermediación de Dictamen favorable del Consejo de Estado o declaración previa de lesividad e impugnanación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, requisitos de la Ley de Procedimiento que no pueden ser relativizados por una disposición reglamentaria

Con referencia en los menores de edad e incapacitados el Reglamento de ejecución de la Ley establece que "la vigencia del permiso de residencia, en el caso de menores de edad o incapacitados, incluidos en el permiso de residencia de otras personas, se extinguirá cuando aquellos cumplan los dieciocho años o dejen de estar bajo la guarda de éstas"⁷⁷, literal que permite deducir que el permiso de residencia en el que están incluidos dichos menores o mayores incapacitados perderá su validez también para el mayor responsable, supuesto que podría haber operado con la fórmula, menos complicada, de conceder período de vigencia para el titular mayor de edad, hasta la extinción temporal del permiso, y tramitar, como nuevas concesiones, los permisos de quienes adquieren la mayoría de edad, criterio que es neutralizado por la primacía que se concede al principio de la unidad familiar.

e) -Prórroga y renovación del permiso de residencia.

Transcurrido el período de tiempo para el que fue concedido el permiso de residencia, si el extranjero no quiere abandonar el territorio español deberá solicitar cuarenta y cinco días antes de su caducidad la prórroga o renovación del permiso, que "se otorgará" por los Gobiernos Civiles o la Dirección General de Policía, dependiendo del tipo de permiso, siempre que las circunstancias por las cuales se concedió

⁷⁷ Art. 26.2 del R.D. 1119/1986.

permanezcan estables o sean análogas. Si las circunstancias han variado, será preciso abrir un nuevo expediente, que habrá de tramitarse, como si se tratase de la primera concesión, con los mismos requisitos, documentos e informes⁷⁸.

Es criticable, que la Ley o el Reglamento no hayan determinado, con claridad –pues simplemente señala “se otorgará”– aquellos casos en que de no variar las circunstancias ni incurrir los interesados en alguna infracción grave, que afecte a la seguridad del Estado o a los intereses de los españoles, el permiso deba ser renovado, automáticamente, y se configure, por lo tanto, como un derecho de los extranjeros, tal y como sucede en las regulaciones jurídicas de otros Estados. Muchos de los supuestos que facultan para la concesión de permisos especiales y todos los que suponen reagrupación familiar merecerían este tratamiento, evitándose, así, el excesivo margen de inseguridad jurídica existente y el coste en la gestión administrativa que ello supone⁷⁹.

f) –La Reagrupación familiar como criterio determinante en el otorgamiento del permiso de residencia.

La protección a la familia en el Derecho Español es impuesta a los poderes públicos en el artículo 39 de la Constitución de 1978, como uno de los Principios Rectores de la Política Social y Económica, y por lo tanto, con un menor nivel de protección que los Derechos Fundamentales, según establece el artículo 53.3 del propio Texto Constitucional. En este ámbito, España, a diferencia de otros países de nuestro entorno, no ha

⁷⁸ Art. 25 del R.D. 1119/1986.

⁷⁹ Vid. R.M. FERRER PEÑA: Los Derechos de los extranjeros en España, cit. p. 137.

desarrollado una política definida y coherente de protección familiar, a pesar de la importancia que la familia dice tener en el contexto del Estado.

En consonancia con esta obligación de protección familiar, la legislación sobre extranjería incluye las situaciones determinadas por la Reagrupación Familiar, que hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1985 y el Real Decreto 1119/ 1986, no había sido tenido en cuenta en la normativa española. El Reglamento de ejecución de la Ley⁸⁰ reconoce la posibilidad de que determinadas personas puedan solicitar el permiso de residencia en España en situación ventajosa respecto de otros extranjeros, en virtud de la fórmula de la Reagrupación Familiar. Se fundamenta, como señaló el Consejo de Estado Francés, en su Arrêt GISTI, en la existencia de un nuevo Principio del Derecho, materializado en "el Derecho que toda persona tiene a llevar una vida familiar normal"⁸¹, y que la normativa española sólo había considerado, a través de la firma y ratificación del Convenio Europeo del Trabajador Migrante de 24 de noviembre de 1977⁸², y ello porque era beneficioso para los traba-

⁸⁰ Disposición Adicional Tercera del R.D. 1119/1986.

⁸¹ Este Principio, que fue formulado como tal y definido en el año 1978 por el Consejo de Estado Francés en el Arrêt GISTI, reconoce un Derecho que había sido negado a los trabajadores extranjeros en 1974 a raíz de la suspensión de la Reagrupación Familiar por parte del Gobierno, agrupación o reagrupación familiar que fue de nuevo autorizada por el Gobierno Francés el 1 de julio de 1975, pero que, por medio un Decreto de 1977, sufrió limitaciones. Este fue el Decreto anulado por el Arrêt GISTI. Vid. Ch.NGUYEN VAN YEN en Droit de l'inmigration, Paris 1986, p.158 y GISTI:Le nouveau guide juridique des étrangers en France, Paris.1985, p. 19.

⁸² España firmó con Instrumento de Ratificación, el 29 de abril de 1980 (BOE.18 de junio de 1983), el Convenio Europeo del Trabajador Migrante, que entró en vigor el 1 de mayo de 1984, con la firma de los Países Bajos. La tardanza en la entrada en vigor de este Convenio se debe a la situación económica europea del momento en que se elaboró, junto con el hecho de

jadores españoles en Europa. La despreocupación española en esta problemática tiene su origen en que España ha sido eminentemente un país de emigración y no de inmigración, aunque, en los últimos años, esta situación se invierte, de modo que España se está convirtiendo en un país con notable incidencia de inmigración de paso o definitiva, y con problemas subyacentes de inmigración ilegal. Estas circunstancias, la firma del Convenio Europeo del Trabajador Migrante y el incremento de inmigrantes, han propiciado que la normativa sobre extranjeros incorpore esta técnica de Reagrupación familiar.

Es importante señalar que la mayoría de los países europeos, a partir del inicio de la crisis de los años setenta, cerraron sus puertas a la inmigración legal y consecuentemente endurecieron sus legislaciones en lo que respecta a la entrada y posterior concesión de permisos. Estas circunstancias hicieron de la institución de la Reagrupación Familiar el sistema utilizado para facilitar la entrada de forma legal y flexibilizar el régimen restrictivo en la concesión de permisos, ya que, en base a la relación de parentesco, se iban introduciendo diversos miembros de la

que muchos países considerasen excesivos los derechos que se reconocen a los trabajadores migrantes; de ahí, que este Convenio, en contra de otros anteriores, tenga una vigencia nacional, no territorial, es decir no se aplica a cualquier trabajador residente en un país del Consejo de Europa que haya firmado el Convenio, sino exclusivamente, a los trabajadores que sean nacionales de un Estado miembro del Consejo de Europa y que sean residentes en otro Estado miembro que haya firmado el Convenio, lo cual significa que, a gran cantidad de trabajadores inmigrantes residentes en los Estados miembros del Consejo de Europa, no se les puede aplicar el Convenio. Esta es la causa por la que no ha sido firmado por la República Federal Alemana, ya que de hacerlo tendría que reconocer una serie de Derechos que ahora no reconoce a los ciudadanos turcos que, en grandísimo número, residen en este país. El Convenio ha sido firmado por España, Portugal, Turquía (países de emigración) y por Holanda y Suecia países de inmigración moderada, que siempre se han caracterizado por la generosidad con la que tratan a sus inmigrantes.

familia que, a su vez, pasado un tiempo, y tras la obtención de un permiso, volvían a introducir a sus familiares más directos. Consecuencia de ello es, que en la actualidad, todos los países europeos han tratado de neutralizar esta vía indirecta de concesión de permisos de residencia, restringiendo el número de familiares que pueden acogerse a la reagrupación familiar; pretendiendo restringirla, en principio, a los pertenecientes exclusivamente al núcleo familiar, que se amplía hasta ascendientes en primer grado, en determinadas ocasiones⁸³. En España, es éste el grado de referencia en la relación familiar admitido por las disposiciones vigentes, para poder ser considerado como posible solicitante de residencia por estos motivos.

La solicitud de permiso de residencia en territorio español, por motivo de reagrupación familiar, pueden ser realizadas por el conyuge de un español o extranjero residente en España⁸⁴; los hijos menores de 18

⁸³ Se ha ido produciendo un descenso en la edad de los menores que pueden acogerse a estas medidas: así en Alemania sólo pueden acceder los menores de 16 años, y solo pueden entrar menores cuando su padre o su madre residan en el país de acogida y no pueden entrar menores incapacitados, a no ser que se cuenten con los medios económicos suficientes para acogerlos. En Bélgica y Gran Bretaña se admite exclusivamente a los hijos menores de 16 años cuando tanto el padre como la madre, vivan en el país de acogida, no cuando sólo vive uno de ellos. Vid. Ch. NGUYEN VAN YEN: Droit de l'immigration, cit., pp. 161-162.

⁸⁴ La normativa española cuando se refiere al conyuge se supone que será uno sólo, no obstante, hay que tener en cuenta que Francia admite la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, se permita la residencia de dos o más esposas (Consejo de Estado, Arrêt MONT-CHO, 11 de junio de 1980), ya que si bien no se pueden admitir, conforme al orden público, concubinas, tampoco se pueden ignorar los efectos de las leyes poligámicas y, por lo tanto, no se puede expulsar a una segunda esposa que lleva cinco años residiendo en Francia, basándose en que su situación afecta al orden público. Vid. Ch. NGUYEN VAN YEN: Droit de l'immigration, cit., pp. 161-162. Otro problema que se ha planteado es, si podrán ir entrado sucesivos conyuges en bases a una sucesión de divorcio; en este sentido, el artículo 10.4, párrafo 2 de la Ley Belga sobre entrada, permanencia y salida de extranjeros, de 1980, reformada por Ley de 28 de

años o mayores de edad cuando dependan legal y económicamente de un español o extranjero residente en España; los menores e incapacitados cuyo representante legal sea un español o extranjero residente en España y, los extranjeros que sean ascendientes o descendientes de un español o extranjero residente en territorio español⁸⁵. Circunstancias, todas ellas, que será preciso acreditar documentalmente cuando se presente la solicitud de permiso de residencia ante los órganos competentes, acompañando los documentos habituales para solicitar el permiso de residencia, con la salvedad de que, en este caso, será preciso acreditar que los medios económicos, la vivienda y el seguro médico cubren las necesidades de todas las personas acogidas a la Reagrupación Familiar⁸⁶.

La enumeración de circunstancias, que se hacen extensivas a los familiares de españoles, no tiene en cuenta, a pesar de su fecha coincidente, la adhesión de España a la CEE y, como consecuencia de ello, junio de 1984, establece una serie de prohibiciones y plazos, con intención de regular la entrada de esposas sucesivas en Bélgica, después de haber repudiado y dejado en Bélgica la anterior, para impedir así el fraude en base a sucesivos matrimonios, Vid. "Documentation", en «RCDIP». 1984, p.755-758.

⁸⁵ Art. 7.2 del R.D. 1119/1986.

⁸⁶ En la Disposición Adicional Tercera del R.D. 1119/1986 se señala exclusivamente que será preciso contar con los medios económicos adecuados, lo que no es mucho especificar. Por analogía con otros países europeos se puede deducir que, en principio, los medios provendrán de una actividad económica estable, lo que excluye automáticamente a los estudiantes y trabajadores eventuales, personas con contratos de corta duración y con contratos a tiempo definido. La necesidad de contar con una vivienda suficiente y digna, conforme al lugar donde se vaya a residir, es la causa que habitualmente se utiliza en Francia para impedir la entrada de una segunda o tercera esposa (conforme a las Leyes poligámicas) con sus hijos, ya que difícilmente una vivienda normal europea, cumple los requisitos mínimos para albergar a dos familias o más. Cfr. Ch.NGUYEN VAN YEN: Droit de l'immigration, cit, p. 163.

la extensión, por el Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo, hoy sustituido por el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, del régimen aplicable a los nacionales comunitarios, a los familiares (conyuge, hijo a su cargo y ascendientes dependientes) de españoles, independientemente, de cual sea su nacionalidad, que configura un régimen de permanencia mucho más favorable que el establecido en el Reglamento de la Ley de Extranjería, situación que permite calificar la reagrupación familiar, con incidencia en los españoles, como superfluo e inoperante.

La tramitación de este expediente se realiza por el procedimiento de urgencia⁸⁷, aunque la concesión, entrada o denegación siguen las pautas generales a los permisos de residencia. Sin embargo, España presenta la particularidad de que se puede realizar la solicitud estando las personas que pretenden acogerse a la reagrupación familiar ya en territorio español, previa obtención de un visado de residencia por causa de reagrupación familiar, mientras que, en la mayoría de los países europeos, es preciso que el extranjero, que solicite el permiso de residencia por Reagrupación Familiar, presente la solicitud y documentación estando sus familiares en el extranjero y, una vez obtenido, hacerles entrar, para lo que se les concede un plazo, transcurrido el cual sin que hayan llegado, perderá su validez, debiendo de solicitar, caso de desear su posterior entrada, otro nuevo⁸⁸.

Un tema que no considera la normativa española sobre Reagrupación Familiar, pero que se puede deducir por el contexto en que es regulada, es

⁸⁷ Disposición Adicional Tercera del R.D.1119/1986.

⁸⁸ Cfr. Ch.NGUYEN VAN YEN: Droit de l'inmigration, cit.p.163 y GISTI: Le nouveau guide juridique des étrangers en France, cit., pp.129-130. Artículo 9 y 14 de la Ley Belga sobre entrada, permanencia y salida de extranjeros de diciembre de 1980. Boletín de Legislación Extranjera (BLE). II. Texto y Notas. 1981.

si estos extranjeros tiene o no posibilidad de realizar alguna actividad lucrativa por cuenta propia o ajena, en principio parece que no, ya que el permiso que se concede es para residir en España, no para residir y trabajar en España, lo que implica que si quieren iniciar una actividad lucrativa tendrá que solicitar el correspondiente permiso de trabajo, en este punto también nuestro ordenamiento se diferencia del resto de Europa pues, aunque la legislación europea no es homogénea, en la mayoría de los países se les permite trabajar; en Bélgica pueden trabajar si tienen contrato de trabajo y en Francia, si tiene el estatuto de residente, pueden trabajar como y donde quieran.

g) -Regímenes especiales de permisos de residencia.

El Régimen General de concesión de permisos de residencia para extranjeros, nacionales de Terceros Estados, tiene el complemento, recogido en el Título V de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, de los Regímenes Especiales aplicables a determinadas categorías de extranjeros que, por sus características particulares, quedan fuera del régimen general:

1) Régimen aplicable a los estudiantes extranjeros: Tarjeta de Estudiante. Se considera estudiante, a los efectos prevenidos en la Ley, "el extranjero cuya venida a España tenga como fin único o principal el cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, no remunerados laboralmente, en cualesquiera centros docentes o científicos españoles, públicos y privados, oficialmente reconocidos"⁸⁹.

⁸⁹ Art. 24 de la Ley Orgánica 7/1985. La mayoría de los países europeos han cerrado las puertas a los estudiantes extranjeros en la últimos años: Bélgica ha tomado medidas para evitar la invasión de estudiantes alemanes de medicina no admitidos en sus Facultades debido a

Definición amplia que engloba cualquier modalidad de estudio a realizar en territorio español, siempre que se realice en centros oficialmente reconocidos y que no se reciba remuneración alguna, prohibición reiterada

la implantación de los "numerus clausus"; en la RFA. se limita la presencia de estudiantes griegos, turcos iraníes e indonesios; Gran Bretaña instauró la política de aplicación de la tasa "coste-total"; Francia centralizó la admisión de estudiantes para todos sus centros de estudios, sistemas por otra parte compensados, pues Gran Bretaña, a la vez, incremento su número de becas para extranjeros, aunque orientada por criterios muy selectivos. La incidencia del Programa Europeo ERASMUS no está en conflicto con las precedentes medidas pues exclusivamente es para estancias relativamente cortas y no para realizar una licenciatura, Programa con incidencia reducida, considerando la escasa dotación económica con que ha sido creado. La causa que subyace en las medidas expuestas conectan con la crisis económica, que ha hecho que, la mayoría de las Administraciones, restrinjan sus gastos, y entre ellos las dotaciones destinadas a los estudiantes extranjeros; a ello se añade el problema del subempleo de los estudiantes universitarios nacionales. Los controles a la entrada de estudiantes extranjeros se materializan en: necesidad de contar con medios económicos, presentación de títulos previos obligatorios para realizar los estudios y también sistema de cuotas para la entrada. La actual tendencia europea en relación con los estudiantes puede ser sintetizada en: reconocer prioridad por el origen geográfico (Bélgica, países del Tercer Mundo), reconocer la condición de refugiados, estudiantes de países donde no existan universidades (Luxemburgo), estudiantes procedentes de una región geográfica específica (Acuerdo del Consejo Nórdico, Normas de la CEE sobre hijos de inmigrantes); reconocimiento de discriminación, "positiva", respecto de algún tipo de estudios, tendencia a favorecer estudios de ciclo corto o bien periodo de estudios de ciclo largo que no sean principio ni fin de los mismos; primar los estudios de doctorado o de especialización; limitación del número de estudiantes extranjeros por áreas de conocimiento. Algunos países como Francia conceden becas para estudios tecnológicos muy especializados para estudiantes provenientes de países con grandes recursos en materias primas o potenciales mercados. España ha seguido la tendencia europea con la implantación obligatoria de técnicas de selección, lo que, unido al incremento del nivel de vida y por lo tanto precios, cambios de mentalidad y culturales, ha propiciado que, en los últimos años, sea constatable una sensible reducción de la presencia de estudiantes hispanoamericanos en España, situación que trata de paliarse en la actualidad. Vid. al respecto La política universitaria española en relación con los estudiantes extranjeros. FORUM Universidad-Empresa, Madrid 1983.

en el Reglamento, que implica que los estudiantes extranjeros no podrán obtener permiso de trabajo, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, y que si trabajan, puedan ser objeto de una medida de expulsión del territorio español, por incurrir en el supuesto b) del artículo 26.1, encontrarse trabajando, sin haber obtenido el permiso de trabajo, "aunque cuente con permiso de residencia válido"⁹⁰.

Cuando un extranjero, nacional de Terceros Estados, desee realizar estudios en España de una duración superior a tres meses, podrá acogerse al régimen de residencia especial recogido en el artículo 29 del Real Decreto 1119/1986, que se formalizará mediante la concesión de una Tarjeta de Estudiante⁹¹.

Según establece el artículo 29.1 del Reglamento, los extranjeros que deseen acogerse a este régimen especial, "podrán solicitarlo, antes de su venida a España, de las Representaciones diplomáticas u Oficinas consulares, sitas en el país de origen o de residencia, que podrán expedir el

⁹⁰ En contraste con la regulación española, Francia y Bélgica permiten a los estudiantes extranjeros trabajar, aunque en ambos países cuando el número de horas de trabajo supera a las de estudio, se les cancela el permiso de estudios y por lo tanto tiene que salir fuera del país. Vid. Arts. 60 y 61 de la Ley Belga sobre entrada, permanencia y salida de extranjeros de diciembre de 1980. Boletín de Legislación Extranjera(BLE).II.Texto y Notas.1981; Ch. NGUYEN VAN YEN: Droit de l'inmigration, cit., p. 143; y GISTI: Le guide des jeunes étrangers en France, cit., p. 46-59. De todas formas el problema de los estudiantes extranjeros que pretenden trabajar es que la mayoría de las veces son objeto de prácticas laborales irregulares, pues trabajan sin contrato, ni seguro de ningún tipo y son referencia para actividades laborales marginales.

⁹¹ Cuando la duración de los estudios sea inferior a tres meses, los estudiantes extranjeros se acogerán al régimen de estancia, para lo cual cuando sea preciso, por ser nacionales de un Estado a los que así se exija, deberán solicitar y obtener el correspondiente visado de estancia.

visado de estancia correspondiente, o una vez en territorio español, si disponen de dicho visado, del Ministerio del Interior", disposición que no implica la concesión, a las Representaciones diplomáticas u Oficinas consulares, de la facultad de otorgar la Tarjeta de Estudiante, pues en ambos supuestos, según establece el mismo artículo, será competente el Ministerio del Interior, para conceder o denegar dicha Tarjeta, cuya solicitud, instrucción y resolución se realizará conforme al procedimiento establecido para la concesión de la prórroga de estancia⁹², normativa que faculta a las Jefaturas Superiores o Comisarias de Policía, para recibir la solicitud debidamente cumplimentada y a los Gobernadores Civiles, o en su caso a los Delegados del Gobierno, que podrán delegar en los Jefes superiores y los Comisarios provinciales, la resolución, concediendo o denegando la Tarjeta de Estudiante.

La Tarjeta de Estudiante "se concederá" cuando el interesado pruebe documentalmente: que cumple con todos los requisitos exigidos para la entrada legal en España, incluido el correspondiente visado de estudios, investigación o formación; haber sido admitido en firme como estudiante o investigador en un Centro Docente oficial o reconocido, con un horario semanal superior a quince horas lectivas y por un plazo no inferior a tres meses; tener garantizados los medios económicos necesarios para sufragar los gastos de estancia y viaje de vuelta, bien que sean con medios propios o, una beca española o extranjera u otra ayuda pública o privada⁹³.

La concesión de la Tarjeta de Estudiante autorizará la permanencia legal en territorio español por un tiempo determinado, no especificado

⁹² Según establece el art. 29.2 del R.D. 1119/1986.

⁹³ Art. 29.1 a), b) y c) del R.D. 1119/1986.

legalmente, para cuya determinación se deberá tener en cuenta, por la autoridad competente, la duración de los estudios o investigación a realizar en España y su periodicidad. No obstante, una única Tarjeta de Estudiante no amparará la permanencia por estudios o investigación cuya naturaleza requiera varios periodos de permanencia en España de forma discontinua, con interrupciones superiores a tres meses, supuesto que implicará, para cada una de las estancias, solicitud y tramitación independiente⁹⁴.

La aplicación rigurosa por parte de la autoridades gubernativas, de la normativa sobre Tarjeta de Estudiante, vinculando la duración de dicho permiso a los medios económicos que se acrediten, ha dado origen a la presentación de quejas ante el Defensor del Pueblo, pues algunos estudiantes extranjeros se encuentran con que la Tarjeta de Estudiantes les ha sido expedida por un plazo de nueve meses situación que provoca que durante un periodo de tiempo se encuentren indocumentados, obligándoles, bien a volver a su país, con los gastos que ello supone, bien, a permanecer en el país ilegalmente pudiendo instruírseles un expediente de expulsión por estancia ilegal. Esta situación deriva, según señala el Informe remitido al Defensor del Pueblo por el Ministerio de Interior, de la duración inferior al año, de los estudios, los medios económicos que se acreditan y de las becas que suelen disponer dichos estudiantes, que en ocasiones sólo se conceden por un periodo de nueve meses⁹⁵.

La vigencia de la Tarjeta de Estudiante se extinguirá cuando transcurra el plazo para el que haya sido expedida, así como por la causas

⁹⁴ Art. 29. 2 y 3 del R.D. 1119/1986.

⁹⁵ Vid. Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 1991 (BOCG, Sección Cortes Generales, IV Legislatura, Serie A, 25 de abril de 1992, p. 107).

extraordinarias previstas por el Reglamento para la extinción de los permisos de residencia, junto a estos supuestos será causa de extinción específica de la misma, el cese o la interrupción arbitraria de los estudios fuera del programa docente⁹⁶.

La renovación de la Tarjeta de Estudiante exigirá, en todo caso, que el interesado pruebe cumplir los requisitos necesarios para una primera solicitud⁹⁷.

La legislación española omite regular el Reagrupamiento Familiar con origen en estudiantes residentes, situación que, sin embargo, es considerada por la normativa de los países europeos, debido a los problemas que ha planteado.

La entrada y permanencia de los familiares de los estudiantes extranjeros, a consecuencia del cierre de fronteras a la inmigración, ha propiciado el uso de la Institución de la Reagrupación Familiar para entrar legalmente en el territorio de los países de acogida, y dado que los estudiantes también podían solicitar permisos de residencia para sus familiares por este motivo, esta técnica ha sido utilizada por los estudiantes para introducir a sus familiares y lograr la permanencia familiar en el país de acogida, en muchas ocasiones sin terminar los estudios que se habían iniciado. Esta forma de entrada ha sido objeto de control y, en la actualidad, países como Francia o Bélgica tiene taxativamente enumeradas las posibilidades de entrada y el periodo de permanencia de los familiares de los estudiantes extranjeros⁹⁸.

⁹⁶ Art. 29.3 y 5 del R.D. 11196/1986.

⁹⁷ Art. 29.4 del R.D. 1119/1986.

⁹⁸ Artículo 10 bis de la Ley Belga de 10 de diciembre de 1984 que modifica la anterior de 1980, en este nuevo artículo se establece que solo podrán entrar en Bélgica el conyuge e hijos menores de edad y siempre y cuando se cuenten con medios económicos y vivienda

2) Extranjeros Indocumentados⁹⁹: La Ley de Extranjería admite la posibilidad de que los extranjeros indocumentados o con documentación defectuosa, por carencia de nacionalidad o por alguna otra causa, accedan al territorio español, comprometiéndose, además, a documentarlos y acogerlos, siempre y cuando no incurran en supuestos de prohibición de entrada o expulsión. A estos efectos, establece cuales son los trámites a seguir por parte del extranjero para que las autoridades españolas les documenten.

Será preciso que el extranjero indocumentado, que quiera ser admitido como residente por el Estado Español, presente, personalmente y por escrito, ante las autoridades competentes¹⁰⁰, petición de documentación nada más haberse producido la situación de indocumentación. Al presentar la solicitud exhibirá los documentos de cualquier clase que posea, aunque estén caducados, que ayuden a probar su identidad, nacionalidad y lugar de procedencia, declarando, a la vez, que no puede ser documentado por la representación diplomática o consular correspondiente. Realizada la información inicial por la autoridades policiales, se le entregará un _____ suficientes para todos, por otra parte el artículo 15 de la misma Ley señala que los permisos de estudios no se tienen en cuenta a efectos de obtener el Derecho a establecerse en el Reino Belga. Vid. "Documentation" en «RCDIP».1984. pp. 755-756.

⁹⁹ Arts. 22 de la Ley Orgánica 7/1985 y 27 y 28 del R.D. 1119/1986.

¹⁰⁰ La petición habrá de hacerse ante la Comisaría General de Documentación de la Dirección General de Policía o en la Jefatura Superior, Comisaría Provincial o Comisaría Local de Policía, asimismo se podrá presentar ante un puesto de la Guardia Civil que lo remitirá a las indicadas dependencias policiales.(art. 27.3 del R.D. 1119/1986), debiéndose entender complementada esta referencia por las Oficinas de Extranjeros en los lugares en que estén en funcionamiento conforme al R.D. 1521/1991, de 11 de octubre.

documento de identificación provisional, con una duración máxima de tres meses, siempre y cuando no incurra en alguno de los supuestos de prohibición de entrada, recogidos en el artículo 14 del Reglamento, o de expulsión del territorio español, determinados en el artículo 26.1 de la Ley de Extranjería.

Durante el periodo de documentación provisional, el Estado Español a través de las Jefaturas Superiores de Policía y las Comisarias Provinciales y Locales deberán completar la información sobre los antecedentes del extranjero, al que, por razones de seguridad pública y a petición de la Dirección General de Policía, se le podrá imponer por el Ministro del Interior, con carácter individual, alguna de las medidas cautelares prevenidas en el artículo 6 de la Ley sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y que son: presentación periódica ante las autoridades competentes; alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente y residencia obligatoria en determinado lugar.

Una vez que se ha completado la información, si el extranjero desea permanecer en España y reúne los requisitos necesarios, excepto los relativos a su documentación, y no se encuentra incurso en alguno de los supuestos de prohibición de entrada o expulsión, las autoridades competentes¹⁰¹, procederán a inscribirlo en una Sección Especial del Registro de Extranjeros y le dotarán de una Cédula de Inscripción, que le autorizará a residir en España por un tiempo no superior a cinco años¹⁰². Formalizada su situación, el extranjero podrá instar la solicitud de un

¹⁰¹ El Gobernador Civil, o en su caso el Delegado del Gobierno, quienes podrá delegar esta facultad en las Jefaturas superiores o Comisarias provinciales de Policía según establece el art. 28.8 del R.D. 1119/1986.

¹⁰² Art. 28.8 el R.D. 1119/1986.

permiso de trabajo, por el periodo de tiempo señalado, en las mismas condiciones que los demás extranjeros¹⁰³. Esta posibilidad permite deducir que el extranjero indocumentado no deberá probar estar en posesión de los medios económicos suficientes para la obtención de la Cedula de Identificación, imprevisión en la referencia a los requisitos generales para la concesión del permiso de residencia, que hay que integrar en los requisitos de procedimiento general y que, a efectos de la concesión o denegación de la Cedula de Inscripción, exige integrar las razones de seguridad y orden público con el resto de los requisitos que deberán ser apreciados por las autoridades gubernativas.

Cuando el extranjero indocumentado desee salir del territorio español y no pueda proveerse de pasaporte propio, podrá serle otorgado, por las autoridades españolas competentes, un título de viaje con destino a los países que se especifique, una vez recabados los informes correspondientes, conforme al procedimiento a seguir para conceder la Cedula de Inscripción¹⁰⁴.

En el caso de que las autoridades competentes dedujesen de las informaciones obtenidas en relación con la solicitud de documentación por extranjero indocumentado, la conveniencia de denegar la solicitud de documentación, el extranjero podrá ser devuelto a su país de origen o ser expulsado del territorio español¹⁰⁵.

¹⁰³ Art. 22.2 de la Ley Orgánica 7/1985.

¹⁰⁴ Art. 28.1 del R.D. 1119/1986.

¹⁰⁵ Art. 27.8 del R.D. 1119/1986.

3.- Residencia con desarrollo de actividad lucrativa.-

a) - El cambio de coyuntura en la situación española. El tránsito de país de emigración a país de Inmigración.

La situación económica española viene caracterizada por la incidencia de paro estructural que incrementa de forma alarmante el número de desempleados, y que, al afectar a la generalidad de los países, excluye la emigración de trabajadores fuera del territorio nacional, como técnica que facilitó resolver el paro coyuntural español en las últimas décadas y que, en la actualidad, obliga a registrar el dato de la inversión de tendencia, ya que, por efecto de los factores de estabilidad política y favorables expectativas económicas, España es punto de convergencia de muchos extranjeros con voluntad de residencia laboral en España¹⁰⁶. En función de estas circunstancias, la posibilidad de acceder al mundo laboral es objeto, como veremos, de una minuciosa y restrictiva regulación, contenida en la Ley de Extranjería y su Reglamento de ejecución, que concede a las autoridades administrativas españolas un amplio margen de discrecionalidad. Los principios en que se basa esta regulación pueden sintetizarse en los siguientes¹⁰⁷: la

¹⁰⁶ Italia presenta una situación muy similar a la española, ambos han pasado de ser países de emigración a ser países de inmigración, constituida en la mayoría de los casos por trabajos clandestinos, lo que, en el caso de Italia, ha hecho que las relaciones entre los italianos y los extranjeros extra-comunitarios se hayan vuelto difíciles en algunos momentos. Al respecto Vid. R. FORMICA: "L'immigrazione dei paesi extracomunitari: problemi, provvedimenti e prospettive" en «Mezzogiorno d'Europa», nº 4 (1988), pp. 495-505.

¹⁰⁷ Vid. al respecto R. M. FERRER PEÑA: Los Derechos de los extranjeros en España,

configuración del trabajo como situación cualificada de permanencia que requiere una autorización específica previa, dentro de un procedimiento unitario; la reconducción y tratamiento de la pluralidad de regímenes y situaciones preferenciales dentro del marco de la Ley y su reglamento¹⁰⁸, y un amplio margen de discrecionalidad en el otorgamiento de permisos por las autoridades laborales, tomando como criterios los inherentes a la situación sectorial, local y nacional de empleo.

b) - Régimen de Residencia y Trabajo de los extranjeros en España.

El Régimen General de residencia y trabajo de extranjeros - nacionales de Terceros Estados- en España está regulado en el Título III de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y en el Capítulo III del Real Decreto 1119/ 1986.

1).- La noción de trabajador extranjero.

Si la noción de extranjero se sustenta, como hemos señalado, en un concepto negativo, la carencia de la nacionalidad española, la expresión trabajador extranjero comprende y requiere la presencia de un hecho positivo, esto es, la realización de una actividad laboral¹⁰⁹. En la noción cít., 147.

¹⁰⁸ Teniendo en cuenta la exclusión de los nacionales comunitarios, cuyo régimen de entrada, permanencia y trabajo, viene regulado por el R.D. 766/1992.

¹⁰⁹ Vid. A. HERRERO RUBIO: "El permiso de trabajo de los extranjeros en España", en Estudios de Derecho Internacional Público y Privado, Homenaje al Profesor SELA SAMPIL, Vol. II, Oviedo, 1970, p. 1088.

de trabajador extranjero subyacen tres elementos básicos, que conforman los requisitos indispensables configuradores de esta noción¹¹⁰: la ejecución del desplazamiento: nota en la que late la idea de abandono del país de origen o residencia para entrar en otro; la presencia del móvil laboral: lo que implica que la intención que mueve a una persona para abandonar un Estado es la búsqueda de un puesto de trabajo, bien sea asalariado o autónomo, y finalmente, la voluntad de determinación, lo que supone la presencia de un elemento voluntarista en la acción de abandonar el país para desplazarse a otro en que realizar una actividad laboral. Esta afirmación no supone el desconocimiento de que la carencia de medios suficientes de vida son, en última instancia, la causa que impulsa y motiva las migraciones económicas, pues es evidente que una situación económica y política estable no conduce a emigrar a otro país en busca de trabajo y mejores expectativas para el futuro. Circunstancia que se demuestra por el hecho de que en treinta años de funcionamiento de la CEE, sólo un 2% de sus nacionales son trabajadores comunitarios residentes en un Estado distinto del suyo propio.

En España, la noción legal de trabajador extranjero viene recogida en el Reglamento de la Ley de Extranjería, quien señala que, a efectos de su aplicación, se considerará como trabajador extranjero "a toda persona física que careciendo de la nacionalidad española ejerza o trate de ejercer en España una actividad lucrativa, laboral o profesional"¹¹¹, definición que implica, la inclusión en el concepto de trabajador extranjero, a los asalariados y autónomos o, en terminología de la propia Ley, a los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta

¹¹⁰ Vid. al respecto la monografía de M. RAMOS QUINTANA: El trabajo de los extranjeros en España, cit. p. 24.

¹¹¹ Art. 31 del R.D 1119/1986.

propia, sin perjuicio de que los régimen jurídicos atribuidos a unos y otros estén perfectamente diferenciados, y la exclusión, del ámbito de aplicación de la Ley, del establecimiento de personas jurídicas y sociedades en general, cuya regulación específica se configura dentro del régimen de inversiones extranjeras.

2) El permiso unificado de residencia y trabajo: Régimen general y estatutos singulares.

La Ley establece como principio general la necesidad de que todo extranjero mayor de 16 años, que quiera desarrollar una actividad lucrativa en España, esté provisto de su correspondiente permiso unificado de residencia y trabajo¹¹², simultáneamente expedido por las autoridades competentes del Ministerio del Interior y del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante un procedimiento integrado, que se caracteriza, según ha sido señalado, por la participación de órganos administrativos dependientes de distintos Departamentos Ministeriales, garantes de la pluralidad de intereses, y cuya resolución tiene la doble eficacia de legitimar la presencia de un extranjero en nuestro país y de ser condición de la existencia y regularidad de cualquier contrato o actividad laboral, que pudiera suscribir¹¹³.

¹¹² Art. 15.1 de la Ley Orgánica 7/1985, excepción hecha de los trabajos cuya duración sea menor a tres meses que solo precisarán un permiso de trabajo según señala el mismo artículo 15 en su apartado 4º.

¹¹³ Vid. V. ESCUIN PALOP: Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España, cit., p. 37; quien rechaza la caracterización como acto complejo del procedimiento único de residencia y trabajo en su estudio sobre el mismo, pp. 52-69, y que a su vez toma la denominación y características de este tipo de procedimiento de GONZALEZ NAVARRO: Derecho Administrativo Español, T. II, Pamplona 1988, pp. 188 y ss, aunque considera que el permiso

La necesidad de coordinar las actuaciones del Ministerio de Trabajo y del Ministerio del Interior determinó que ya el Decreto 1874/1978, de 2 de junio, -que derogaba el artículo 24 del Decreto 522/1974 de 14 de febrero, regulador hasta entonces de la materia y que establecía la previa concesión del permiso de trabajo, para la posterior concesión del permiso de residencia- estableciera la presentación simultánea de la solicitud de permiso de residencia y trabajo, sin embargo, el Decreto 1874/1978, no introdujo un procedimiento simultáneo para la adquisición del permiso de residencia y trabajo, sino que, en realidad, lo que establecía era una precalificación del Ministerio del Interior, que en caso de negativa bloqueaba todo el procedimiento. Sistema de precalificación que la Ley de Extranjería ha derogado, y que no sólo constituía un problema de coordinación administrativa, sino que podía ser un mecanismo de neutralización del efectivo reconocimiento de derechos, constituyéndose en una fórmula en conflicto con la actividad finalista de las Administraciones Públicas que, en último extremo, orientaba la decisión desde la voluntad del Ministerio del Interior.

La introducción por la Ley de Extranjería de un procedimiento único de expedición del permiso unificado de residencia y trabajo, que abandonaba el anterior sistema de procedimientos separados, permitía aventurar su adecuada tramitación, sin embargo, el trascurso del tiempo ha demostrado que, en la práctica diaria, la tramitación no se realiza de forma simultánea, pues las autoridades competentes del Ministerio de Interior esperan la resolución de la solicitud del permiso de trabajo, para iniciar, en caso de que sea favorable, la tramitación del permiso de residencia. Esta falta de simultaneidad tiene su origen tanto en los unificado de residencia y trabajo, es el más representativo de la categoría, por encima de los ejemplos contenidos en la obra citada.

precedentes fijados en la normativa anterior, que establecía la tramitación separada y oclusiva, como en la propia mecánica funcional, que se resiste a la realización de cualquier actividad, que pudiera carecer de eficacia, como es la realización de los trámites procedimentales correspondientes por los órganos del Ministerio del Interior, en el supuesto de que la autoridad laboral no otorgara el correspondiente permiso de trabajo¹¹⁴.

La consecuencia práctica de esta situación es la creación de problemas, tanto para los trabajadores extranjeros como para sus empleadores, pues supone una dilación, que perjudica a ambos, dado que los efectos de la concesión del permiso de trabajo, en cuanto a periodo de vigencia, altas a la Seguridad Social etc., se inician desde el momento en que este permiso fue concedido, no desde el momento en que el extranjero recibe la notificación de que le ha sido concedido el permiso unificado, con la particularidad de que entre tanto, el trabajador no puede iniciar su actividad laboral¹¹⁵, pues en caso contrario, se vería incurso en uno de los supuestos de expulsión establecidos en el artículo 26.1 de la Ley de Extranjería: "no haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando".

La adecuada coordinación entre los distintos ámbitos de la Administración Pública, extensible a otros aspectos relacionados con la materia de extranjería, ha sido objeto de atención parlamentaria al valorar los distintos aspectos relacionados con la política española de extranjería y propició la adopción por el Congreso de los Diputados, el 9

¹¹⁴ Cfr. V. ESCUIN PALOP: Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España, cit. p. 67.

¹¹⁵ Según dispone el art. 46.1 del R.D. 1119/1986.

de abril de 1991, de una Proposición no de Ley sobre extranjería, avalada por la casi totalidad de los Grupos Parlamentarios¹¹⁶, en cuyo Punto 8º, se instaba al Gobierno a "Abordar la reforma y modernización de la estructura administrativa encargada de gestionar la política de extranjería, a través de la creación de una comisión Interministerial de Extranjería, de Oficinas Unicas de Extranjeros dependientes del los Delegados y Gobernadores Civiles y de un Servicio de Inmigración en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, todo ello al objeto de asegurar la aplicación coherente y coordinada de la política de extranjería y de facilitar las gestiones administrativas de los extranjeros en España". La creación de las Oficinas de Extranjeros, mediante Real Decreto 1521/1991, de 11 de octubre, es una consecuencia de la proposición parlamentaria. Asumen las competencias de los Ministerios del Interior y Trabajo y Seguridad Social para la tramitación e instrucción del permiso unificado de residencia y trabajo, elevando propuesta de resolución a la autoridades competentes, medida que permitirá, una vez adoptadas las disposiciones necesarias para su desarrollo y aplicación, la adecuada tramitación simultanea de dicho procedimiento y evitará, por consiguiente, la aplicación de criterios dispares y el retraso injustificado en su concesión o denegación.

El principio general, que exige al extranjero, la obtención del permiso unificado de residencia y trabajo para el desarrollo de cualquier actividad lucrativa en España, presenta dos excepciones en su aplicación, que permiten la coexistencia, junto al regimen general, de estatutos singulares, que autorizan el desarrollo de actividades lucrativas en

¹¹⁶ Presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular, Catalán, CDS, Vasco y Mixto, el 13 de marzo de 1991 (BOC, Congreso de los Diputados, Serie D, nº 165 de 22 de marzo de 1991).

España sin la obtención del correspondiente permiso. Estas excepciones afectan, en primer lugar, a situaciones derivadas de Acuerdos o Tratados firmados por España¹¹⁷ y, en segundo lugar, a los extranjeros cuyas actividades se sujeten a determinadas características, previamente establecidas por la Ley.¹¹⁸ Esta última excepción se produce en dos niveles distintos: un primer nivel, que tiene como referencia el estatuto en el que están incluidos el personal diplomático, consular y los funcionarios pertenecientes a organismos internacionales debidamente acreditados, como excepción clásica en el Derecho Internacional, que ya es recogida en el Título Preliminar de la Ley de Extranjería, que los excluye del ámbito de aplicación de la propia Ley, y un segundo bloque de excepciones, en las que son recogidas una serie de supuestos objetivos¹¹⁹, muy heterogéneos, que ya eran considerados en su mayoría

¹¹⁷ Art. 3 de la Ley Orgánica 7/1985 y art. 30.2 del R.D. 1119/1986, que permiten el desarrollo del régimen especial de residencia y trabajo de los nacionales de Estados Miembros de la CEE, regulado en el R.D. 766/1992, de 26 de junio, y la modulación del régimen general en virtud de los Tratados bilaterales firmados por España.

¹¹⁸ Art. 16 de la Ley Orgánica 7/1985.

¹¹⁹ Estos supuestos recogidos en el artículo 16 de la Ley Orgánica 7/1985 tienen como referencia los técnicos y científicos invitados o contratados por el Estado (lo que ya supone una restricción); los profesores extranjeros invitados o contratados por una Universidad española; el personal directivo o profesorado extranjero de instituciones culturales o docentes dependientes de otros Estados, o privadas de reconocido prestigio, oficialmente reconocidas por España y que desarrollen en nuestro país programas culturales o docentes objeto de previo reconocimiento en sus respectivos países, en tanto limiten su actividad a tales programas; los funcionarios civiles o militares de Administraciones estatales extranjeras, no contemplados en el artículo 2 de la Ley, que vengán a España a desarrollar programas en virtud de Acuerdos de cooperación con la Administración española; los corresponsales de los medios de comunicación debidamente acreditados; los miembros de misiones científicas internacionales que realicen trabajos de investigación en nuestro país, autorizados por el Estado; los ministros religiosos o representantes de diversas Confesiones e Iglesias debidamente inscritas en el Registro de

en el Decreto 1870/1968 de 27 de julio, y que implica la competencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en el establecimiento de las condiciones que han de cumplir para poder considerarlas "como exceptuadas de la obligación de obtener el permiso de trabajo"¹²⁰.

En virtud de dicha autorización, la Orden de 26 de junio de 1989, determina las condiciones concretas que deberán reunir, en cada caso, los extranjeros para el desarrollo de sus actividades, y establece, la documentación a presentar y el procedimiento a seguir, para la obtención de la excepción del permiso de trabajo, cuya solicitud se deberá presentar ante las autoridades competentes del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por el Organismo, Entidad, Empresa o Institución que invite o contrate al extranjero para desarrollar su actividad o por el propio extranjero cuando se trate de actividades por cuenta propia. Además, la Orden, tras señalar en su Exposición de Motivos, que "del reconocimiento de una situación de excepción en cuanto al trabajo no se deriva la excepción respecto a otras obligaciones, como la de obtener, en su caso, el visado de entrada que corresponda, expedido por una representación diplomática o consular de España, o la obligación, cuando proceda, de obtener un permiso de residencia, cuya denegación o concesión es competencia del Ministerio del Interior", determina, que una vez resuelta, por la autoridad laboral competente, la exención del permiso de trabajo, procederá a certificar este hecho en el documento Entidades Religiosas, en tanto limiten sus actividades a su misión pastoral, los artistas en gira y, finalmente, las personas originarias del territorio de Gibraltar que pretendan realizar una actividad lucrativa por cuenta propia, que sólo precisarán un permiso especial de residencia conforme al artículo 22.3 del R.D. 1119/1986.

¹²⁰ Art. 33.3 del R.D. 1119/1986

unificado establecido al efecto, que remitirá, junto con el resto de la documentación, a la Dirección General de la Policía, "para la concesión, si procede, del permiso de residencia o verificación de la legalidad de la estancia, si la actividad fuera por un plazo inferior a los noventa días"¹²¹. Medida, esta última, que permite comprobar, que la exención se limita al permiso de trabajo, y que, la permanencia legal, en situación de estancia o residencia, queda en manos de las autoridades competentes del Ministerio del Interior, quienes resolverán sobre la autorización de la permanencia del extranjero en territorio español, en base a las circunstancias establecidas legamente para autorizar la estancia y la residencia en España.

3) El principio de igualdad en las condiciones laborales y salariales entre trabajadores extranjeros y españoles.

a.- La igualdad como resultado de la premisa de residencia legal.

La Ley de Extranjería establece la igualdad de tratamiento en las condiciones laborales y salariales entre trabajadores españoles y extranjeros, "autorizados a trabajar en España", en igual actividad, categoría y localidad¹²². Este principio es neutralizado por la problemática

¹²¹ Punto 16 de la Orden de 26 de julio de 1989. Excepto en los supuestos en que la actividad a desarrollar fuera por un período inferior a veintidós días, en el curso de doce meses consecutivos, la certificación de la exención se expedirá de forma escrita y se enviará directamente al interesado, al mismo tiempo la autoridad laboral dará traslado de la documentación a las autoridades competentes del Ministerio del Interior a efectos de verificación de la legalidad de la estancia.

¹²² Art. 32 del R.D. 1119/1986.

socioeconómica conectada a prácticas empresariales irregulares que instrumentalizan la siempre difícil problemática del trabajador extranjero. Problemática que puede ser sintetizada en que los extranjeros, excepto cuando se les contrata para desarrollar actividades muy especializadas, suelen trabajar sin permiso de trabajo, a pesar de estar rigurosamente prohibido y ser objeto de sanción por la Ley¹²³. Sin embargo, al haber muchos extranjeros deseosos de trabajar resulta fácil para muchos empresarios¹²⁴ "contratarles" de modo ilegal, imponiéndoles condiciones

¹²³ Art. 15.3 de la Ley Orgánica 7/1985 y artículo 33.2 del R.D. 1119/1986.

¹²⁴ El fenómeno no es privativo de Europa, y la problemática específica de nuestro país tiene parangón en EE.UU., sobre todo en el sector agrícola del Sur y en las industrias manufactureras, que no podrían sobrevivir sin la contratación de los "espaldas mojadas". En vista de la situación y ante la avalancha de inmigrantes ilegales, el año 1987, se aprobó un paquete de medidas destinadas a controlar este flujo y intentar solucionar los problemas planteados. La "Immigration Reform and Control Act" del 5 de mayo de 1987, definida en principio, como una norma dirigida a la regularización de los trabajadores clandestinos (regularización que resulta difícil y en la que, por otra parte, estos trabajadores no confían, vistas experiencias anteriores), pretende, en realidad, cortar el flujo de trabajadores de Centro y Suramérica a los EEUU, y para ello dispone la penalización de quienes contratan mano de obra ilegal. No obstante, los grandes propietarios de explotaciones agrícolas del Sur parecen no estar dispuestos a quedarse sin una mano de obra barata, por ello se publicó a la vez una Ley de amnistía mediante la cual el trabajador que demostrase haber trabajado más de tres meses el año 1986 en los campos de Tejas y California era objeto de legalización en su situación laboral. El punto más importante de esta reforma es el fortalecimiento de la frontera con Méjico, sin embargo, el hecho de que resulte bastante difícil junto con la presión de los empresarios necesitados mano de obra barata, lleva a los especialistas en el tema a opinar que no servirá para nada, siendo preciso también tener en cuenta que la muy difícil situación económica de los países suramericanos condiciona cualquier opción, de tal modo que si se cierra totalmente la entrada de estos inmigrantes clandestinos la situación puede volverse explosiva y a la larga afectar a los propios EEUU. Cfr. Pr. SCHOFIELD CORYELL en "Le Monde Diplomatique", enero de 1988, p.32. Es preciso señalar también, que en EEUU resulta relativamente fácil permanecer en situación de ilegalidad, dado que no existe ningún tipo de Tarjeta de Identificación Personal o DNI. En 1986, el parlamentario Sr. Simpson, defendió la introducción de algún tipo de Tarjeta

de trabajo y salario, que suponen una considerable disminución en los gastos empresariales¹²⁵, y que, con alguna frecuencia, rozan con situaciones de explotación, con condiciones de vida pésimas que son soportadas por estos trabajadores extranjeros con la autodisciplina impuesta por su precaria situación jurídica y económica, lo que supone una garantía adicional para el empleador -que no empresario- que prefiera una mano de obra sumisa, ya que, a consecuencia de su situación de ilegalidad, temen ser expulsados de España, alternativa de fácil exclusión por el extranjero en esta anómala situación, pues la mayoría viene huyendo de países en los que la situación socioeconómica no se identifica con superiores niveles de respeto a la dignidad de la persona. Es preciso señalar, que si bien es corriente el escuchar que los trabajadores extranjeros ilegales llegan a los países más desarrollados por que en los suyos carecen de medios de vida e, incluso, que se les hace un favor y se contribuye a resolver su difícil situación personal dejándoles trabajar ilegalmente, también es cierto que estos trabajadores ilegales no llegarían de sus países de origen si encontraran serios obstáculos para poder ser, efectivamente, contratados de modo ilegal para la realización de los

de Identificación a efectos de verificación, sin embargo, la «American Civil Liberties Union» se opuso a ello, por considerar que resultaba una amenaza sobre los derechos individuales y la vida privada. En un sondeo realizado como consecuencia de esta propuesta el 65% de los americanos estaban a favor de la Tarjeta de Identidad, oponiéndose las personas más cultas de raza blanca, por ello es poco probable que la Administración americana decida introducir esta medida de identificación. Vid. S.BODY-GENDROT: "Entrée interdit: La législation sur l'inmigration en France, au Royaume Uni et aux Etats-Unis" en «RFSP». 1989 (nº1).Vol. 39, p.71.

¹²⁵ En Francia se han hecho estimaciones medias que sitúan la disminución de gastos empresariales por contratación al margen de la ley en un 40%. Vid. GISTI: Le nouveau guide des étrangers en France. París 1986, p.8.

denominados "trabajos basura", rechazados por los nacionales.

b.- Los procedimientos de regularización de trabajadores extranjeros como respuesta a situaciones de ilegalidad.

La situación española en la última década, en lo que respecta los trabajadores ilegales, es el resultado de una serie de situaciones y contradicciones de variado origen. La existencia de un fuerte paro nacional, que ya no tenía la salida de la emigración a otros países, propició la aprobación de una normativa restrictiva en el acceso al trabajo de los extranjeros, recogida en la Ley de Extranjería y su Reglamento, sin embargo, esta normativa no fue reforzada por la instauración de medidas de control dirigidas a impedir la entrada de extranjeros, como es la exigencia del visado de estancia, para aquellos nacionales de Estados de fuerte emigración.

La situación descrita, junto a la mejora de las condiciones socioeconómicas de España, que permite a los españoles rechazar determinados trabajos, caracterizados por su dureza y baja retribución, y el desconocimiento de las premisas jurídicas de la Ley de Extranjería por las Administraciones Locales y también por algunas dependencias del Ministerio de Economía y Hacienda, que han otorgado a los extranjeros permisos para el ejercicio de una actividad comercial y la correspondiente licencia fiscal devengando el correspondiente tributo, a pesar de carecer de las condiciones exigidas para trabajar en territorio español, han hecho de España un país de fácil acceso para los extranjeros deseosos de mejorar su situación económica, que pueden entrar, como turistas, para luego engrosar las filas de los trabajadores ilegales, dado que la normativa vigente impide que estos extranjeros puedan acceder

directamente al estatuto de trabajador legal.

La consecuencia inmediata de esta situación ha sido el progresivo aumento de trabajadores ilegales en España, lo que unido a la bolsa de los ya existentes, que no pudieron acceder, por carecer de los requisitos exigidos, al proceso de regularización establecido en la Disposición Adicional Segunda de la Ley de Extranjería¹²⁶, que pretendía iniciar la aplicación de la Ley sin que hubiera trabajadores ilegales en territorio español, ha propiciado un cambio en la política de inmigración del Estado español.

Las líneas maestras de la nueva alternativa ante los extranjeros en situación irregular en España, se encuentran recogidas en la Proposición no de Ley adoptada por el Congreso el 9 de abril de 1991¹²⁷, en cuyo Punto 3º, se instaba al Gobierno a "Desarrollar la utilización del visado como instrumento de orientación de la política inmigratoria...", medida que permite reforzar la capacidad del control de entrada de extranjeros y evitar los flujos desordenados de inmigración, al mismo tiempo que

¹²⁶ Las causas fundamentales de la falta de éxito de este proceso de regularización, que permitió regularizar su situación a 43.815 extranjeros de unos 200.000, que se estimaba vivían en España en condiciones irregulares, fueron: la falta de información, carencia de infraestructura adecuada, falta de coordinación entre las autoridades competentes, exigencia en algunos casos de requisitos de difícil o imposible cumplimiento por parte de los extranjeros: certificado de alta en la Seguridad Social, justificación de medios económicos o contrato de trabajo. Vid al respecto intervenciones del Ministro del Interior, Sr. CORCUERA y del Diputado Sr. SARTORIUS en la "Interpelación urgente" del Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, sobre medidas de política general y de inmigración que piensa adoptar el Gobierno para promover la regularización de la situación de los inmigrantes extranjeros en España (BOC Congreso de los Diputados, nº 44, 13 de junio de 1990, p. 2111 y ss.).

¹²⁷ Proposición no de Ley, presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular, Catalán, CDS, Vasco y Mixto, el 13 de marzo de 1991 (BOC Congreso de los Diputados, Serie D, nº 165 de 22 de marzo de 1991), cit.

permite organizar la inmigración legal, en función de la realidad de nuestro mercado laboral, pero que, sin embargo, no solucionaba la situación de los trabajadores ilegales ya residentes en España, de ahí, que, en su Punto 4º, instase al Gobierno a "Adoptar las medidas necesarias para completar el proceso de regularización realizado en 1985 al tiempo que se propicia la afluencia y legalización de los colectivos de extranjeros que trabajan en situación irregular llegados con posterioridad a nuestro país y que puedan demostrar su inserción y arraigo". Conjunción de medidas, que intenta terminar con la presencia de trabajadores ilegales en nuestro país y evitar que se reprodujese la situación existente, al impedir la entrada de extranjeros en busca de trabajo, permitir la regularización de los trabajadores ilegales que ya se encuentran en España y demuestren el suficiente arraigo y, al mismo tiempo, permitir que todo aquel trabajador extranjero que no haya sido regularizado, por no cumplir los requisitos o no solicitarlo, pueda ser expulsado de España, por incurrir en el supuesto considerado en el punto b) del artículo 26.1 de la Ley de Extranjería, "no haber obtenido el permiso de trabajo y encontrarse trabajando".

Ambos Puntos han sido desarrollados por el Gobierno, quien a partir de junio de 1991, inició el proceso de regularización¹²⁸, cuyos requisitos

¹²⁸ La ley italiana nº 943, de 30 de diciembre de 1986, que regula la situación laboral de los extranjeros en Italia, articuló un procedimiento de regularización, durante los años 1987-88. Vid. R. FORMICA: "L'inmigraziones del paese extracomunitari: problemi, provvedimenti e prospettive", en «Mezzogiorno d'Europa», nº 4 (1988), p. 500. La regularización "a posteriori" de trabajadores "clandestinos" ha sido en Francia habitual desde comienzos de Siglo hasta finales de los 70, trabajadores que habitualmente llegaban "contratados" directamente por las empresas francesas, para paliar la escasez de mano de obra "sin especializar". Vid. C.Y MARIE: "Entre économie et politique: «les clandestines» une figure sociale a géométrie variable" en POUVOIRS, nº47 (1988), pp.73-91.

y procedimiento, que excluían cualquier tipo de sanción directa para los trabajadores ilegales y sus empleadores, fueron recogidos en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991, publicado por Resolución de la misma fecha¹²⁹, y ha coincidido con el inicio de la exigencia de visado de estancia para los nacionales de Países del Magreb y de Turquía, situación que habrá de endurecerse, como ya señalamos, con la entrada en vigor del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, en el segundo semestre del año 1993, y que supondrá el cierre total de las fronteras a toda inmigración no deseada, al impedir que estos extranjeros entren en España y en consecuencia en el territorio común.

El proceso de regularización de trabajadores extranjeros ilegales, cuyo número oscilaba, según datos del Gobierno entre 90.000 y 170.000¹³⁰, se ha ajustado a las recomendaciones planteadas por la OCDE para el logro del proceso: que los requisitos a exigir fueran simples y los documentos fáciles de obtener; que la decisión fuese centralizada, para evitar la aplicación de criterios diferentes; que el plazo fuese suficiente

¹²⁹ BOE 8 de junio.

¹³⁰ Según datos ofrecidos por el Gobierno en la Comunicación sobre la situación de los extranjeros remitida al Congreso en diciembre de 1990 y considerados los más fiables, sin embargo es preciso destacar que, en junio de 1990, el propio Ministro del Interior, Sr. CORCUERA en respuesta a la "Interpelación urgente" del Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, sobre medidas de política general y de inmigración que piensa adoptar el Gobierno para promover la regularización de las situación de los inmigrantes extranjeros en España, cit., señala la presencia en España de 260.000 extranjeros en situación ilegal. Los estudios realizados por A. IZQUIERDO, Catedrático de Demografía de la Universidad Complutense, ponente de la OCDE y de la CEE, estiman a la baja esta cifras pues considera que son entre 70.000 y 140.000, según referencia aportada por el Director General de Política Interior, Sr. PUIG BELLACASA, en su Intervención ante la Comisión de Justicia e Interior al objeto de explicar el procedimiento de regularización (BOC, Congreso de los Diputados, nº 376, de 18 de diciembre de 1991)

y no hubiera prórrogas y que se hiciese publicidad para darlo a conocer a los interesados.

En base a esta recomendaciones, deducibles también del fracaso de la regularización de 1985-86, el Acuerdo ha precisado los requisitos que debían cumplir estos trabajadores ilegales para poder ver legalizada su situación; el periodo de presentación de las solicitudes, que se iniciaba el 10 de junio de 1991 y finalizaba el 10 de diciembre del mismo año; los órganos encargados de la resolución de los expedientes: el Director General del Instituto Español de Emigración (desde noviembre de 1991, de Migraciones) y el Secretario General-Director General de la Policía. El Acuerdo dispuso también la constitución de una Comisión "ad hoc" -la Comisión de Regularización- presidida por el Director General de Política Interior y con la participación de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Asuntos Sociales, Trabajo y Seguridad Social y del Interior¹³¹, con la función de dirigir y supervisar el proceso de regularización, la elaboración de orientaciones para la resolución de las solicitudes, el examen de aquellas que susciten dudas en la instrucción "y, en general, la resolución de las cuestiones que se planteen en el transcurso del proceso", y ha creado la Oficina conjunta para la instrucción de expedientes, constituida al efecto en la Dirección Español de Inmigración e integrada por funcionarios del Ministerio del Interior y de Trabajo y Seguridad Social¹³². Los contenidos expresados permiten observar el

¹³¹ Está integrada por un representante de cada uno de los siguientes Centros Directivos: Dirección General de Asuntos Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores, Dirección General de Policía del Ministerio del Interior, Dirección General del Instituto Español de Emigración (en la actualidad: Dirección General de Migraciones) del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y Dirección General del Instituto Nacional de Servicios Sociales del Ministerio de Asuntos Sociales, conforme dispone el Punto Tercero de la Resolución de 7 de junio de 1991.

esfuerzo institucional asumido por el Gobierno español, en respuesta a un problema interno en el que se implican las demandas internacionales concretadas en la creación de un espacio europeo y que han decantado una respuesta coordinada de los distintos Departamentos de la Administración Central a la específica problemática planteada por la presencia de extranjeros en situación irregular.

Las condiciones requeridas han permitido solicitar la regularización a los trabajadores extranjeros ilegales, que no estuvieran incurso en alguna de las causas de expulsión de los apartados c), d) o f) del artículo 26.1 de la Ley de Extranjería¹³³ o hubieran sido expulsados de España y se encontrasen en el periodo de prohibición de entrada¹³⁴, con "presencia en España desde antes del 24 de junio de 1985¹³⁵ y permanencia habitual desde dicha fecha" o "con presencia en España antes del 15 de mayo de 1991 y permanencia habitual desde entonces, concurriendo alguna de las siguientes circunstancias: Haber sido en el pasado titular de un permiso de trabajo y residencia; realizar o haber realizado en España una actividad lucrativa continuada; contar con oferta firme de empleo regular

¹³² Punto Tercero de la Resolución de 7 de junio de 1991.

¹³³ Supuesto c): "Estar implicado en actividades contrarias al orden público o la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países"; supuesto d): "Haber sido condenados dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados"; supuesto f): "Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales".

¹³⁴ Punto segundo de la Resolución de 7 de junio de 1991.

¹³⁵ Fecha en que entró en vigor la Ley de Extranjería.

y estable o con proyecto permanente y viable de explotación o desarrollo de actividad por cuenta propia". De modo complementario han podido acogerse a este proceso "los solicitantes de asilo o refugio cuya petición, presentada antes del 15 de mayo, se encuentre en trámite o haya sido objeto de resolución denegatoria sin haber obtenido firmeza" y "los extranjeros cuya solicitud de asilo o refugio hubiera sido denegada por resolución firme", siempre y cuando reunieran los requisitos exigidos a los demás extranjeros en situación ilegal¹³⁶.

Las condiciones exigidas, que eximían de la presentación de visado de residencia¹³⁷, facilitan apreciar la posición favorable del Gobierno para su regularización, pues los requisitos han sido los mínimos, ya que bastaba la acreditación de sus respectivos patronos, por la que se comprometían a regularizar su situación laboral en el futuro. Esta exigencia causó, sin embargo, problemas a un relativo número de extranjeros, cuyos empleadores no querían facilitar dicha documentación, pues no estaban dispuestos a regularizar a sus trabajadores, lo que debería llevar al extranjero a denunciar ante la Inspección de Trabajo su situación y a ser despedido por su empleador. Esta fenomenología propició la intervención, mediante Circular conjunta, en septiembre de 1991, de las Direcciones Generales del Instituto Español de Emigración y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por la que se dictaron instrucciones, que reconocieron el valor de certificado al acta realizada en visita de inspección, sin aviso previo, y que servía como instrumento de regularización del inmigrante, de tal forma, que si se producía el despido y se rompía la relación laboral, la situación frente al proceso de

¹³⁶ Punto primero de la Resolución de 7 de junio de 1991.

¹³⁷ Disposición Final Primera de la Resolución de 7 de junio de 1991.

regularización quedaba garantizada.

A punto de concluir el proceso de regularización, en junio de 1992¹³⁸, los datos facilitados por la Dirección General de Migraciones señalan que han sido presentadas 132.934 solicitudes, de las que 102.204 han sido resueltas favorablemente¹³⁹, a las que hay que añadir las 5.820 resoluciones favorables a las 6.953 solicitudes de familiares dependientes de trabajadores legalizados, que estando viviendo en situación ilegal en España habían solicitado su regularización, por motivos de reagrupación familiar, conforme lo previsto en la Disposición Final Segunda de la Resolución de 7 de junio de 1991¹⁴⁰.

¹³⁸ Sólo falta, según estimaciones del Director General de Migraciones, Sr. ARAGON BOMBIN, solucionar la situación de 9.600 personas, que no han podido ser localizadas, 2.409 solicitudes que afectan a extranjeros, que o bien poseen antecedentes penales o bien se encuentran incursos en procesos de expulsión, y la resolución de las solicitudes, realizadas, conforme a la Disposición Adicional Segunda de la Resolución de 7 de junio de 1991, por trabajadores regularizados, que permitan la entrada y residencia en España de sus familiares residentes en extranjero. Vid. al respecto datos aportados por el Director General de Migraciones, Sr. ARAGON BOMBIN, a las agencias de noticias, recogidas en la prensa diaria del 1 de junio de 1992.

¹³⁹ El proceso de regularización, según datos ofrecidos por el Director General de Política Interior, ha cambiado el mapa de la extranjería en España. pues a 31 de diciembre de 1990, había en España 407.657 extranjeros en situación legal, de los cuales 59% eran ciudadanos de Estados Miembros de la CEE y el 40% de Terceros Estados. Después del proceso de regularización la cifra de extranjeros pasa a 540.000 y se invierte el sentido, los ciudadanos comunitarios representan el 46,7 %, mientras que los extracomunitarios son el 53%, de los cuales un 45% son nacionales de Marruecos. (BOC, Congreso de los Diputados, nº 376, sesión del 18 de diciembre de 1991). Esta inversión en el origen de los extranjeros, sitúa a España en posición igual a la del resto de los Estados Miembros de la CEE, en los que los extranjeros residentes son mayoritariamente provenientes de Terceros Estados, no ciudadanos comunitarios residentes en Estados Miembros distintos del propio.

¹⁴⁰ Vid. al respecto datos aportados por el Director General de Migraciones, Sr. ARAGON BOMBIN, a las agencias de noticias, recogidas en la prensa diaria del 1 de junio de 1992.

El conjunto de datos expuesto -con partida en el número de 170.000, como cifra más aproximada de trabajadores extranjeros ilegales- permite constatar que este proceso de regularización ha sido un éxito, tanto por el número de trabajadores que ha visto regularizada su situación, como por el apoyo social que el proceso ha tenido, dado que la mayoría de las solicitudes eran por cuenta ajena, lo que implica que hay un patrono español que ha dado la tarjeta de trabajo y de residencia.

La situación descrita no permite pasar por alto un hecho importante, como es que un indeterminado número de estos trabajadores no hayan podido ver regularizada su situación dado que trabajan para patronos, que también se encuentran en situación ilegal, en el marco de la denominada economía sumergida, y que, por supuesto, no se encuentran dispuestos a pasar a una situación legal, de forma voluntaria, para regularizar la situación de sus trabajadores y su propia situación como responsables de una actividad económica.

Las pautas marcadas por las recomendaciones de la OCDE, instrumentadas por la Resolución de 7 de junio de 1991, han sido cumplidas por la Administración encargada del proceso con un grado de fidelidad bastante alto¹⁴¹, siendo conveniente destacar los aspectos que en mayor medida han incidido en el logro de dicho proceso. En primer lugar, la actividad desarrollada por los Gobernadores Cíviles y Directores provinciales de Trabajo, que han mantenido una intensa dinámica de reuniones durante el proceso con empresarios, Ayuntamientos, Sindicatos y Organizaciones no gubernamentales de ayuda a los extranjeros. En

¹⁴¹ Vid. Intervención, ante la Comisión de Justicia e Interior, de los Directores Generales de Política Interior y Migraciones, Srs. PUIG BELLACASA y ARAGON BOMBIN, que no suscitaron intervenciones en contra por parte de los distintos Grupos Parlamentarios. (BOC, Congreso de los Diputados, nº 376, sesión del 18 de diciembre de 1991).

segundo lugar, la campaña informativa, institucional llevada a cabo en las provincias con mayor número de extranjeros residentes. En tercer lugar, la centralización del proceso de tramitación de los expedientes, encargado a la Oficina conjunta constituida al efecto, y de las resoluciones favorables o desfavorables, tomadas por el Director General de Migraciones y el Director General de la Policía, bajo los criterios armonizados por la Comisión de Regularización que, a través de reuniones con los Sindicatos y de Instrucciones y Circulares dirigidas a distintas instancias administrativas, han ido dando respuesta a los distintas situaciones específicas planteadas¹⁴², y finalmente, la Circular, de 11 de junio de 1991, del Secretario de Estado para la Seguridad, en la que se establecía la no procedencia de la expulsión, por situación ilegal, de aquellos extranjeros presentes en España antes del 15 de mayo de 1991, al objeto de que, en ningún momento, se pudiera condicionar el acceso de estas personas a la regularización, así como el criterio generoso aplicado a la hora de llevar a cabo las expulsiones, pues en los casos en que los extranjeros hubieran solicitado su regularización y tuvieran decretada la expulsión, se ha reenviado su expediente a la autoridad que dictó la expulsión, para que en el caso de que fuese debida exclusivamente a la irregularidad de su situación, dicha expulsión fuese revocada y esta

¹⁴² Al respecto las Instrucciones de la Comisión de Regularización: de 8 de julio de 1991, en la que se dictan instrucciones específicas sobre solicitudes de inmigrantes que participan en sucesivas campañas agrícolas; de 8 de agosto de 1991, instrucciones específicas en relación con la venta ambulante; Circular conjunta, en septiembre de 1991, de las Direcciones Generales del Instituto Español de Emigración y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre el valor de las certificaciones de inspección; Instrucción conjunta, en noviembre de 1991, de la Comisión de Regularización y de la Tesorería General de la Seguridad Social, en virtud de la cual se permitía el acta provisional para aquellas personas que hubieran solicitado la regularización y todavía no hubiesen obtenido la tarjeta

persona pudiera ser regularizada.

Los aspectos negativos más destacables de este proceso, en los que hay que incluir el retraso en la campaña informativa institucional, inciden fundamentalmente en la falta de personal disponible para recibir las solicitudes de regularización, lo que motivó grandes colas de solicitantes y la actitud de determinados consulados -en especial los de Marruecos-, cuyos funcionarios, previo pago, redactaban falsas certificaciones de estancia en España como sustitutivo de una prueba de su presencia antes del 15 de mayo de 1991. Esta actitud fraudulenta, objeto de control policial, ha dado lugar a la instrucción de diligencias judiciales.

No obstante, y desde una perspectiva de carácter organizativo, hay que destacar los óptimos resultados de un procedimiento administrativo complejo en el que los objetivos de eficacia y eficiencia en la acción administrativa han sido conseguidos, sin relativizar, en ningún momento del procedimiento la seguridad jurídica, como permite ejemplificar la Circular de 11 de junio de 1991, al controlar las expulsiones como medida demandada para facilitar la capacidad de respuesta jurídica de los afectados. La eficiencia y eficacia también han sido posibles en concurrencia con una intensa participación de colectivos e instituciones atentos al desarrollo del procedimiento que, precisamente, han contribuido a depurar y agilizar, y a concederle la autoridad de su absoluta permeabilidad, circunstancia que ha contribuido a aportar luz a los recovecos de áreas de economía sumergida, lo que, de modo implícito, ha beneficiado al procedimiento de eliminación de bolsas de fraude empresarial y, que como última referencia positiva, ha permitido apreciar la funcionalidad de los Gobernadores Civiles, al desarrollar la coordinación de la Administración periférica, en un efectivo ensamblaje con las unidades de decisión centrales.

Finalizado el proceso de regularización de trabajadores extranjeros y dado que un alto porcentaje de los mismos, según los datos disponibles un 41%, proyecta permanecer en España de forma definitiva e incluso reagrupar a sus familiares en el territorio español, se abre un nuevo camino a seguir, tanto por las autoridades centrales, autonómicas y ayuntamientos como por las organizaciones no gubernamentales y los sindicatos, dirigido a lograr la promoción e integración social de estos trabajadores y su familias, desde el punto de vista de la educación, vivienda etc., así como a lograr que estos trabajadores regularizados, no vuelvan a estar afectados por situaciones de ilegalidad, que impediría la renovación del permiso de trabajo y residencia obtenido en el proceso de regularización, dado que su vigencia es temporal y limitada a un año.

Con objeto de proceder a la renovación de estos permisos de trabajo, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de julio de 1992¹⁴³, a propuesta de la Comisión Interministerial de Extranjería, aprobó las Instrucciones relativas a la renovación de los permisos de residencia y trabajo tramitados al amparo del procedimiento de regularización.

El Acuerdo del Consejo de Ministros recoge las siguientes líneas maestras como rectoras de la renovación de los permisos de trabajo y residencia concedidos en virtud del procedimiento de regularización: Concesión de tipos de permisos de diferente duración y extensión, según el grado de inserción y arraigo acreditados; supresión de la especialidad en la documentación de estos extranjeros y mantenimiento de los mecanismos y procedimientos de resolución centralizada, así como de la vías de colaboración institucional.

Líneas maestras que manteniendo la normas de procedimiento y

¹⁴³ Publicado mediante Resolución de 9 de julio de 1992 (BOE 11 de julio).

coordinación establecidas para el procedimiento de regularización, reconducen la situación de estos trabajadores extranjeros, en lo que se refiere a al tipología y concesión de permisos trabajo y residencia a la normativa general recogida en la Ley de Extranjería y su Reglamento, al al tipificar los supuestos de obtención de permisos de trabajo por los trabajadores extranjeros que estén en posesión de un permiso de trabajo y residencia tramitado mediante el procedimiento de regularización:

- Los que acrediten ejercicio habitual de actividad lucrativa por cuenta ajena durante los últimos cinco años, pueden solicitar un permiso de trabajo de una vigencia de de cinco años y validez para trabajar por cuenta ajena en cualquier actividad y en todo el territorio nacional, conforme establece el artículo 39.2 d) del Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería

-Mediante acreditación de empleo estable y ocupación efectiva por cuenta ajena durante el periodo de vigencia del permiso que se pretenda renovar, pueden solicitar un permiso de trabajo de una vigencia de un año limitado al sector o sectores de actividad que pretenda desarrollar, excepto si son nacionales iberoamericanos, andorranos, filipinos o ecuatoguineanos, o acreditan alguna de las restantes preferencias para la renovación de permisos de trabajo establecidas en la Ley de Extranjería y su Reglamento de ejecución, en cuyo caso podrán solicitar un permiso de una vigencia de cinco años y sin limitación territorial o actividad.

-Aquellos que justifiquen ejercicio habitual y continuo de actividad lucrativa por cuenta propia durante el periodo de vigencia del permiso que se pretenda renovar y empleo ocasional o discontinuo y ejercicio de acciones que acrediten la intención de incorporarse a un trabajo regular y estable durante el periodo de vigencia del permiso que se pretenda renovar, podrán solicitar un permiso de trabajo válido por un año, limitado al sector de actividad, que se pretenda desarrollar, conforme a

lo establecido en los arts. 36 y 38 del Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería¹⁴⁴.

Con la aprobación y aplicación de estas Instrucciones directamente encaminadas a renovar los permisos de trabajo y residencia, que suprimen la especialidad en la documentación de estos extranjeros y reconducen su situación a la normativa general aplicable a los trabajadores extranjeros, se puede dar por finalizado, el segundo de los procedimientos generales de regularización de trabajadores extranjeros en España.

c.- La justificación procedimental e institucional del visado de estancia, demandado por el Acuerdo de Schengen, y de los cupos de emigración.

Un aspecto significativo, señalado por el Director General de Migraciones y que permite constatar la realidad de los datos antes apuntados, es que el 80% de estos trabajadores extranjeros, que solicitaron la regularización, entraron en España, en calidad de de turistas, es decir, para un periodo teórico de menos de noventa días, sin realizar actividad lucrativa alguna, para lo que no precisaban visado de estancia, conforme a lo estipulado en los Acuerdos Internacionales firmados al efecto por España. El paso posterior, de engrosar las filas de los trabajadores ilegales, justifica la transcendencia que, en el marco de la política de inmigración y del Acuerdo de Schengen, se concede al visado de estancia, vistos los escasos resultados, que la exigencia de visado de residencia y trabajo ha tenido hasta ahora para controlar la entrada de extranjeros en

¹⁴⁴ Punto segundo del apartado I de la Resolución de 9 de julio de 1992.

busca de trabajo, cuya afluencia podría a la larga causar graves problemas, pues, aunque el porcentaje de extranjeros residentes en España no representa más que el 1'35 % de la población, en contraste con otros Estados de nuestro entorno¹⁴⁵, la situación de falta de empleo en los propios nacionales, puede llegar a producir situaciones no deseadas en los sectores de la población española que más directamente compiten con los trabajadores extranjeros, efectos propiciados por la idea de que estos trabajadores extranjeros acaparan el trabajo, al estar dispuestos a trabajar en peores condiciones, y todas las ayudas sociales, como de hecho sucede en otros Estados europeos.

La exigencia de visados de estancia, o uniforme, en la terminología del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, para los nacionales de Estados emisores de emigrantes y el establecimiento de cupos a la inmigración legal¹⁴⁶ son, hasta el momento, las únicas medidas tomadas

¹⁴⁵ En Francia, Alemania, Bélgica, Holanda y el Reino Unido los extranjeros representan entre el 6% y el 10% de la población, vid al respecto datos aportados por el Director General de Migraciones, en su comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior, en la sesión de 18 de diciembre de 1990, cit.

¹⁴⁶ Establecimiento de cupos a la inmigración que fue anunciada por el Director General de Migraciones, Sr. ARAGON BOMBIN, en su comparecencia el 18 de diciembre de 1991, ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, cit., al señalar, que el cierre a la emigración no significa, que si hay empresarios españoles que necesitan trabajadores extranjeros, porque no encuentran españoles dispuestos a realizarlos, no puedan disponer de ellos, porque lo que se pretenden impedir es la entrada para buscar trabajo. Por ello, considera plausible, que en caso de que se presente esta necesidad, sea la Dirección General de Migraciones -que como anterior Instituto Español de Emigración tiene experiencia suficiente- la que organice campañas de traida de trabajadores inmigrantes a España. Con posterioridad, el Director General de Política Interior, Sr. PUIG BELLACASA, en su intervención, el 25 de septiembre de 1992, en las Jornadas Internacionales sobre Derecho de Asilo y Migraciones en la Comunidad Europea celebradas en Madrid, ha señalado que el Gobierno establecerá apartir de 1993 los cupos de extranjeros que serán admitidos en España (vid. noticias de agencia del día 26 de septiembre de 1992).

por los Estados Miembros de la CEE para evitar la presencia de trabajadores extranjeros ilegales. No obstante, estas medidas no deberían ser las únicas, como bien señala el Dictamen del Comité Económico y Social, sobre la política de inmigración, de 28 de noviembre de 1991¹⁴⁷, pues, si bien su aplicación puede provocar, de momento, la disminución de estos extranjeros, no soluciona el problema de fondo, la explosiva situación demográfica, económica y social de muchos países, en los que la emigración se considera una solución al problema, ya que reduce la presión de la población sobre los escasos recursos y contribuye a aumentar los ingresos por divisas gracias a las remesas de los emigrantes, como de hecho sucedió en España en los años 50 y 60, lo que a medio plazo implicará la entrada de extranjeros, por el método que sea, pues a quien no tiene nada que perder, no le impresionan las situaciones de riesgo.

d.- La necesaria alternativa institucional de las Comunidades Europeas y de las instituciones económicas internacionales a los problemas de desequilibrio socioeconómico generadores de la emigración

El Comité Económico y Social en su Dictamen¹⁴⁸, considera necesario que la CEE aborde los problemas de inmigración, con un enfoque coherente y de cooperación, como tal Comunidad y no en forma de políticas nacionales de cada Estado Miembro, para ello propone, junto a las políticas de control de entrada y estancia de extranjeros ilegales, una alternativa estructural, a desarrollar a medio y largo plazo, que pueda contribuir a la creación de las condiciones previas para reducir el

¹⁴⁷ DOCE C 40, 17. 02.92.

¹⁴⁸ Vid. Punto 4º del Dictamen.

estímulo de la emigración, a cuyo objeto considera necesario que la Comunidad inicie un diálogo constructivo con los países de origen de los emigrantes para determinar las áreas y los medios básicos, y elaborar un marco adecuado para la cooperación política basado en objetivos económicos y sociales concretos, con base en tres puntos, cuyo desarrollo considera imprescindible para lograr los objetivos propuestos:

En primer lugar, la infraestructura política: los gobiernos de los países de origen deben responder a los deseos de sus propios ciudadanos mediante fórmulas de responsabilidad e Instituciones sociales democráticas, pues si bien la democracia pluralista, no es una garantía de desarrollo económico ni suprime la emigración, es una condición sine qua non; para ello, la Comunidad debe hacerse eco de las preocupaciones de estos ciudadanos en foros internacionales o directamente, con el programa de ayuda bilateral de la Comunidad o el Sistema de Preferencias Generalizadas y, además, debe garantizar que toda ayuda de los Estados Miembros esté condicionada a su uso para el desarrollo pacífico y humano, a cuyo objeto considera necesario que las Instituciones Comunitarias recibieran de los Estados Miembros, la autoridad necesaria para velar por su cumplimiento.

En segundo lugar, la infraestructura social, en la que hay que tener en cuenta tres aspectos: La necesidad de despertar la conciencia de la opinión pública en el ámbito del control demográfico, que exige asimismo el compromiso de los gobiernos, autoridades educativas y de los creadores de opinión; la atención a las necesidades sociales básicas, incluidas seguridad social, sanidad, vivienda y educación; y la creación de un clima de esperanza o una disposición favorable mediante una "Iniciativa audaz", a cuyo fin pone como ejemplo, el "Plan Marshall", por considerar que tan importante fue "por sus repercusiones sociopsi-

cológicas como por el desarrollo económico que supuso para Europa".

En tercer lugar, la infraestructura económica: para ello debe darse prioridad a las ayudas que favorezcan a la creación de empleo, que incrementen la productividad e impulsen el desarrollo económico equilibrado de los países de origen, pues estima que los programas de estabilización económica que generan desempleo masivo y reducen la productividad no conducirán a que los emigrantes se queden en sus países, al no ofrecerle la más mínima esperanza de contribuir al progreso económico.

Al objeto de conseguir la realización de este plan alternativo, el Comité considera preciso que se dediquen más recursos para financiar los cambios estructurales y el proceso de transición hacia un desarrollo económico viable, cuyo objetivo final sea el ayudar a los países de origen de la emigración a integrar adecuadamente la totalidad de su fuerza laboral dentro del propio país, garantizando los debidos derechos, oportunidades de acceso, expectativas, educación y formación etc., "en lugar de condenarles a la marginación ya sea en su propio país o fuera de él". Para llegar a estos logros será preciso que la Comunidad aporte importantes cantidades de dinero -que el Comité considera estará bien empleado si se contribuye a disminuir la emigración y el desempleo- y que estimule y fomente una serie de ideas, posiciones y actuaciones en los países emisores de emigración, cuya incidencia es fundamental para lograr el desarrollo y la estabilidad política y económica, como son: el fomento de la negociación colectiva y participación de los trabajadores, como medio de conseguir que todos participen en el futuro económico y en la solución de los conflictos diarios, lo que requiere personal capacitado y cualificado para hacer funcionar las instituciones; estimular a los países de origen a crear más vínculos de cooperación económica entre si,

como medio de reorientar y diversificar sus economía, para que no dependan exclusivamente de la economía europea (como ocurre actualmente en Africa del Norte y está empezando a ocurrir a pasos agigantados en Europa del Este), aspecto en el que la CEE , dada su experiencia, puede hacer mucho por su cuenta, además de apoyar a la OIT en la realización de programas sobre el mercado de trabajo, que constituyan una alternativa digna de crédito a la emigración. Al mismo tiempo el Comité considera oportuno que la CEE negocie un mayor acceso al mercado para las exportaciones de interés especial para los países de origen de la emigración, a condición de que este mayor acceso fuese acompañado por oportunidades de trabajo alternativo para los trabajadores ya expatriados en la CEE, consiguiendo con ello que estos trabajadores al volver a sus países de origen puedan aportar su experiencia e ideas, pues las personas que emigran son siempre las personas más jóvenes, ambiciosas y trabajadoras.

El Comité es consciente de que la aplicación de este plan alternativo -que considera la única posibilidad viable para evitar la inmigración masiva en la CEE, al solucionar las causas estructurales que la ocasionan- sólo producirá los efectos deseados a medio y largo plazo, y que, por lo tanto, las relaciones exteriores de la Comunidad en los próximos años estarán marcadas por el "deber muy difícil y frustrante de evitar la inmigración ilegal y de fijar los cupos de admisión y control de la inmigración legal", a cuyo efecto considera importante, que la CEE elabore directrices para este periodo transitorio, como ayuda para que los Estados Miembros apliquen un planteamiento firme y coherente, que en el "ámbito administrativo" deberá establecer una distinción clara y muy precisa entre refugiados políticos e inmigrantes económicos, a los que debe someterse a "normas estrictas", que deberán ir acompañadas de vías jurídicas que permitan a los nacionales de Terceros Estados recurrir

las decisiones administrativas.

4) - Permisos de trabajo para extranjeros.

La pluralidad de tipos de permisos es la inevitable respuesta de la normativa jurídica a la diversidad en los límites temporales, y a las limitaciones respecto de la actividad, empresa o ámbito territorial para los que puede ser concedido el permiso de trabajo¹⁴⁹.

La principal distinción establecida por la ley¹⁵⁰, en lo que se refiere a los permisos de trabajo, es la que se basa en la actividad económica a realizar, es decir si se va a trabajar por cuenta propia o por cuenta ajena, distinción que resulta razonable ya que, en el primer caso, el extranjero se va a establecer como empresario, para lo que será preciso que cuente con medios económicos a efectos de iniciar su actividad, mientras que, en el segundo caso, el extranjero va a prestar su fuerza de trabajo, es decir va a ser asalariado.

El Decreto 1119/1986 establece de forma pormenorizada los tipos, condiciones, requisitos y duración de los permisos de trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, determinando que en España se podrán conceder permisos por cuenta ajena calificados en la tipología administrativa como permisos A, B y C, o por cuenta propia calificados como permisos D y E, y por cuenta propia o ajena para los trabajadores fronterizos supuesto tipificado como permiso tipo F.

¹⁴⁹ Art. 15.3 de la Ley Orgánica 7/1985.

¹⁵⁰ Distinción ya recogida en el Decreto 1870/1968 de 27 de julio.

a.- Permisos de trabajo por cuenta ajena.

1. Clases de permisos por cuenta ajena.

- Permiso de trabajo tipo A¹⁵¹: Este tipo de permiso se otorgará para la realización de actividades estacionales, cíclicas y de temporada, su referencia temporal podrá ser limitada a la duración del contrato de trabajo y en todo caso, a un periodo máximo de nueve meses, que no podrán ser ampliados, pues este permiso no puede ser renovado¹⁵². De modo complementario, su titular no podrá obtener un nuevo permiso de trabajo o de residencia hasta transcurridos doce meses de la concesión del anterior o tres desde su caducidad.

El extranjero que haya disfrutado de un permiso Tipo A tiene un periodo de quince días para abandonar el territorio nacional, una vez que el permiso haya expirado, a no ser que antes de la obtención del mismo fuera titular de un permiso de residencia en España de mayor duración, lo que le permitirá permanecer en España en situación legal. Este permiso de trabajo incorpora la peculiaridad de que puede ser concedido con limitación de su validez a un sólo empresario o a un sólo contrato de trabajo, es decir que el extranjero podrá trabajar exclusivamente, bien

¹⁵¹ Art. 35 del R.D. 1119/1986.

¹⁵² Permisos de este tipo, denominados permisos temporeros de duración máxima de seis meses y recogido en el artículo R.341-7.2 del Código de Trabajo se utilizan en Francia para contratar a trabajadores extranjeros directamente desde su país de origen, a pesar de que otros trabajadores extranjeros o nacionales estén en paro. Estos trabajadores son empleados fundamentalmente en la agricultura y en la construcción y una vez terminado su contrato pasan al paro, para luego salir fuera del país o ser expulsados. Cfr. GISTI: Le nouveau guide juridique des étrangers en France, cit., p.13

con un determinado empresario, lo que significa que si éste cesa en sus actividades empresariales, el permiso de trabajo perderá su validez, o bien está limitado a un contrato de trabajo, con lo cual, expirado éste, el permiso perderá su validez.

El permiso de trabajo tipo A presenta una última peculiaridad, ya que puede ser concedido a un grupo de personas que vayan a realizar una actividad similar, denominándose entonces autorización colectiva¹⁵³, que no podrá tener una duración mayor de tres meses. Autorización colectiva, que probablemente en el futuro próximo será ampliamente utilizado, pues una vez cerrada la posibilidad de inmigración, la necesidad de mano de obra barata temporal, podrá ser cubierta, según estima el Director General de Migraciones, mediante la contratación, canalizada a través de esta Dirección General, de grupos de trabajadores extranjeros, que vengán a realizar una campaña y luego vuelvan a sus países de origen, de modo similar a como ocurre con los españoles que acuden a la vendimia francesa¹⁵⁴.

- Permiso de trabajo tipo B¹⁵⁵: Este permiso se otorga vinculado a trabajos en una profesión, actividad y ámbito geográfico determinado y, cuando se trate de un permiso inicial, limitándolo además a un empresario concreto y a la duración del correspondiente contrato de trabajo¹⁵⁶.

¹⁵³ Art. 43.3 del R.D. 1119/1986.

¹⁵⁴ Vid. al respecto la Intervención del Director General de Migraciones ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso en la sesión de 18 de diciembre de 1991, cit.

¹⁵⁵ Art. 36 del R.D. 1119/1986.

¹⁵⁶ Aunque el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá determinar en que actividades se puede expedir sin necesidad de limitarlo a un empleador concreto según establece el

La duración máxima de este permiso será de un año, que podrá ser renovado, si las circunstancias por las que fue concedido persisten, asimismo este permiso de trabajo podrá ser prorrogado, cuando el trabajador titular está en situación de recibir las prestaciones derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad laboral.

- Permiso de trabajo tipo C¹⁵⁷: Este permiso permite trabajar en cualquier actividad y lugar geográfico, tiene una duración de cinco años, renovables si el trabajador se encuentra en activo, ya sea como trabajador o como demandante de empleo, es decir que será renovable aunque el extranjero se encuentre en paro, siempre que sea involuntario, lo que implica que podrá permanecer legalmente en España a pesar de no tener trabajo.

Para poder optar a un permiso de tipo C será preciso que el trabajador se encuentre en alguna de las circunstancias especiales señaladas por la Ley: Que haya gozado en España de uno o varios permisos de trabajo con una duración mínima de cinco años, durante los cuales haya residido ininterrumpidamente en España¹⁵⁸; que justifique una residencia legal en España de ocho años y haya sido titular de un permiso de trabajo durante al menos doce meses, o que sea conyuge o hijo de un extranjero que disfrute en España de un permiso C, cuando le expire el permiso de artículo 36.1 inciso final del R.D. 1119/1986.

¹⁵⁷ Art. 39 del R.D. 1119/1986.

¹⁵⁸ Concesión del permiso C, para titulares de permiso B y cinco años de residencia legal, que será "automática" para los nacionales suizos, conforme establece el Punto 1º del Canje de Notas de 9 de agosto y 31 de octubre de 1989, entre España y Suiza sobre tratamiento administrativo aplicable a los respectivos nacionales después de una residencia regular e ininterrumpida durante cinco años en el territorio del otro Estado. (BOE 19 de enero de 1990).

trabajo B.

2. Circunstancias preferentes para la obtención del permiso de trabajo.

La Ley de Extranjería establece en su art. 18.3¹⁵⁹, la situación preferente de determinadas categorías de extranjeros para la obtención del permiso de trabajo¹⁶⁰, remitiendo al desarrollo reglamentario "el alcance de las preferencias que deban otorgarse"¹⁶¹.

¹⁵⁹ Ya el Decreto 1870/1968 de 27 de julio había establecido una serie de circunstancias preferentes a la hora de obtener un permiso de trabajo. El ordenamiento francés particulariza también en su Arrêté de 14 de diciembre de 1984 una serie de extranjeros frente a los cuales no se puede oponer la situación del empleo en Francia como causa de denegación del permiso de trabajo. Vid. "Documentation", en «RCDIP». 1985, p.161-163.

¹⁶⁰ Se encuentran en situación preferente, según establece el art.18.3 de la Ley de Extranjería, los extranjeros : que hayan nacido y se encuentren legalmente en España; que se hallen casados con español o española y no estén separados de hecho o de derecho; que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española; que hubieran tenido la nacionalidad española de origen y deseen residir en España; que sean descendientes de extranjeros que, habiendo tenido de origen la nacionalidad española, residan en España; que se trate de iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos y sefardíes; que sea originarios de la ciudad de Gibraltar. Respecto de las actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta ajena; que se encuentren ligados por parentesco de primer grado con el empresario contratante; que se trate de puestos de trabajo de confianza, entendiendo por tales: los de aquellos que legalmente ejercen la representación de la empresa y los de aquellas personas a cuyo favor se hubiera extendido un poder general; que sean residentes en España durante los últimos cinco años; que se trate del cónyuge o hijo de un extranjero que tenga permiso de trabajo; que se trate del titular de un permiso de trabajo que pretenda su renovación, excepto en los trabajos de temporada o larga duración; que realicen labores de montaje o reparación de maquinaria o equipos importados y los trabajadores necesarios para el montaje y puesta en marcha de una empresa que se traslade total o parcialmente a España.

En virtud de esta facultad concedida por la Ley, su Reglamento de ejecución establece un sistema de preferencias escalonado para la obtención del permiso de trabajo, cuyo alcance se condiciona a las necesidades derivadas de la situación de empleo en España o al trato de reciprocidad¹⁶² que los españoles reciban en Terceros Países, facultando al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para modificarlas¹⁶³.

Un primer nivel establece las preferencias para la obtención de un permiso de trabajo B, "sin considerar la situación de empleo nacional", de los extranjeros cuyas circunstancias personales permiten acreditar una especial vinculación con España, comprende los siguientes supuestos: haber nacido y hallarse residiendo en España, haber tenido la nacionalidad española de origen y residir en España, hallarse casado con español o española y no estar separado de hecho o de derecho, tener a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española; ser originario de la ciudad de Ceuta o Melilla y tener arraigo en las mismas¹⁶⁴; estar ligado por parentesco de primer grado con el empresario que los contrata; haber tenido la condición de asilado o refugiado político conforme a la ley 5/1984 de 26 de mayo, aunque para disfrutar de dicha preferencia

¹⁶¹ Art. 19.3 de la Ley orgánica 7/1985.

¹⁶² El Art. 42.2 del R.D. 1119/1986 determina que la reciprocidad "se entenderá y aplicará como el resultado del conjunto de disposiciones limitativas o favorables a que los españoles sean sometidos en otros países, tanto para permitir o no su inmigración como para ejercer su derecho al trabajo".

¹⁶³ Art. 42.1 del R.D. 1119/1986.

¹⁶⁴ Circunstancia especialmente pensada para los musulmanes nacidos en Ceuta y Melilla pero que no gozan de la nacionalidad española, situación especial que dio origen a multitud de conflictos tras la publicación de la Ley de Extranjería.

será preciso solicitar el permiso durante el año siguiente a la pérdida de esta situación; ser conyuge o hijo de un extranjero que posea el permiso de trabajo tipo C¹⁶⁵, o ser contratado para un puesto de confianza, lo que se entendera como tal a tenor del artículo 18.3 i) de la ley de Extranjería, cuando el extranjero ejerza legalmente la representación de la empresa o, cuando se halle extendido a su favor un poder general de la empresa¹⁶⁶

Este nivel de preferencias puede considerarse en el contexto de la Ley como un auténtico privilegio, dado que no les resulta oponible, para la obtención del permiso de trabajo, la "situación nacional de empleo", circunstancia que obliga a la autoridad laboral a denegar el permiso de trabajo¹⁶⁷, al ser el fomento del empleo de sus nacionales, el interés primordial a tutelar por la Administración.

Un segundo nivel establece la preferencia para la obtención de un permiso de tipo A o B en función de la duración del trabajo a realizar y de las características de la empresa, "sin considerar la situación de empleo en España y, en su caso, previo informe del Ministerio de Industria y Energía", a los extranjeros que realicen labores de montaje o reparación de maquinaria o equipos importados y a los trabajadores necesarios para el montaje o puesta a punto de una empresa que se traslada total o parcialmente a España¹⁶⁸. Nivel de preferencia, que precisará del informe

¹⁶⁵ Art. 38.1 del R.D. 1119/1986.

¹⁶⁶ Art. 38.3 b) del R.D. 1119/1986, que faculta al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para determinar en que supuestos concretos en los que no les será oponible la situación de empleo nacional.

¹⁶⁷ Según establece el art. 18.1 de la Ley Orgánica 7/1985 y 37.4 del R.D. 1119/1986.

¹⁶⁸ Art. 38.2 del R.D. 1119/1986.

favorable del Ministerio de Industria y Energía para que no le sea oponible la situación de empleo nacional.

Un tercer nivel valora como factor preferencial para la concesión o renovación de permisos de trabajo A y B, se materializa en el extranjero que se encuentre en alguna de las siguientes circunstancias: ser descendiente de extranjero, que siendo español de origen, resida en España; haber residido en España los últimos cinco años o, ser conyuge o hijo de un trabajador con permiso de trabajo tipo B¹⁶⁹. Nivel de preferencias al que sí podrá ser oponible la situación de empleo nacional, por lo que su virtualidad queda limitada al resto de los extranjeros, que no puedan aducir ninguna situación de preferencia, y a la renovación de los permisos de trabajo, que deberán valorar positivamente estas circunstancias

Un cuarto nivel reduce a dos años -en lugar de cinco- el disfrute de permiso de trabajo previo para la concesión de un permiso de trabajo C, cuando el extranjero en virtud de su nacionalidad, o lugar de nacimiento, mantenga una especial vinculación con España, bien por razones históricas como es el caso de los nacionales de países iberoamericanos, portugueses¹⁷⁰, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos y personas de

¹⁶⁹ Art. 38.3 del R.D. 1119/1986.

¹⁷⁰ Referencia a los nacionales portugueses que parece no tener en cuenta, a pesar de la proximidad de fechas entre la Adhesión de España y Portugal a la CEE y la publicación del R.D. 1119/1986, que los portugueses son nacionales comunitarios, a los que no les afecta por lo tanto esta normativa, ya que si bien el Tratado de Adhesión establecía, que durante el período transitorio de adaptación, quedaba suspendida la libre circulación de trabajadores, también establecía un régimen preferente para los nacionales comunitarios que fueran titulares de un permiso de trabajo, por lo que esta preferencia para la obtención del permiso C, que exige un previo permiso de trabajo tipo B, queda completamente neutralizada, para los nacionales portugueses.

origen sefardí previa acreditación, así como los extranjeros descendientes a su vez de extranjeros que, habiendo tenido la nacionalidad española, residan en España (personas todas ellas en situación privilegiada para obtener la nacionalidad española, según el artículo 22 del Código Civil), o bien por razones políticas, como es el caso de las personas originarias de las ciudades de Ceuta y Melilla y originarias del territorio de Gibraltar¹⁷¹. Nivel de preferencia, que prácticamente no lo es tal, pues ve reducida considerablemente su efectividad, por el hecho de la exigencia de disfrute previo de otro permiso de trabajo, para cuya obtención se les podrá oponer la situación de empleo nacional, si no pueden alegar ninguna circunstancia de preferencia.

En lo que respecta a los iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos y ecuatoguineanos, que como hemos visto, se encuentran, en la actualidad, en posición preferente para la obtención de un permiso C, es preciso señalar, que desde la entrada en vigor de la Ley de Extranjería y de su Reglamento, a pesar de esta preferencia se encuentran en una situación mucho mas desfavorable de la que gozaban con anterioridad¹⁷²,

¹⁷¹ Art. 39.3 del R.D. 1119/1986. En lo que se refiere a los trabajadores gibraltareños, el Decreto-ley 13/1969, de 11 de julio, señalaba la concesión automática del permiso de trabajo para los nacidos en Gibraltar o residentes en aquella ciudad con anterioridad al 16 de octubre de 1964, así como la exención de abono de las tasas correspondientes. Este Decreto-ley fue derogado por el Real Decreto-ley 1/1985, de 31 de enero, que sólo exime de la obligatoriedad del permiso de trabajo a los gibraltareños que vayan a realizar en España una actividad lucrativa por cuenta propia.

¹⁷² La Ley 118/1969 proclamaba la igualdad de derechos sociales de los iberoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos en relación con los trabajadores españoles y la Orden Ministerial de 15 de mayo de 1970, que disponía que dichos trabajadores quedaban exentos de la obligación de obtener el permiso de trabajo, este régimen especial va a extenderse por la Ley 58/1980 a los ecuatoguineanos. Ambas Leyes son derogadas por la Ley de Extranjería.

pues eran eximidos de la necesidad de proveerse del permiso de trabajo como consecuencia de su equiparación a estos efectos a los españoles, siempre que estuvieran en nuestro país legalmente, lo que permitía que pudieran ser contratados, sin sujeción a las normas aplicables a los demás extranjeros, con el único requisito de que se inscribieran sus contratos en un Registro Especial creado a tal efecto en el Ministerio de Trabajo.

En virtud de tales disposiciones, un elevado número de iberoamericanos y filipinos (éstos sobre todo en el servicio doméstico) fueron contratados en España, hasta que, a partir de 1981, ante el incremento de ciudadanos hispanoamericanos que entraban en España, como consecuencia de la cada vez peor situación política y económica iberoamericana, las Instrucciones conjuntas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y del Ministerio del Interior de 18 de mayo de 1981 les exigieron permisos de trabajo o bien permisos de residencia previos a la contratación, aunque, hasta entonces, se había considerado suficiente que estuvieran en situación de transeuntes, es decir en situación de estancia, para poder acceder a un puesto de trabajo¹⁷³. Este cambio de actitud dió

¹⁷³ La imprecisión de la Ley 118/69, dejaba en manos de la legislación posterior la situación de estos extranjeros, al efecto es preciso tener en cuenta que el art. 24 del Decreto 522/1974, de 14 de febrero, regulador de la entrada, permanencia y salida de extranjeros, señalaba, que para solicitar la autorización de residencia (actual permiso de residencia), los iberoamericanos...etc., debían presentar el certificado de inscripción del contrato de trabajo. Esto era así porque este Decreto exigía la previa concesión del permiso de trabajo, para la obtención del permiso de residencia. Cuando se publica el Decreto 1874/78, la situación cambia al establecerse una precalificación del Ministerio del Interior, para que se pueda conceder el permiso de trabajo, situación que permite la posterior exigencia de un permiso de residencia previo para poder celebrar un contrato de trabajo. Criterio que es confirmado por el Decreto 1031/1980, que mantiene el sistema de precalificación.

origen a una abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁷⁴, que consideraba que no era necesaria la autorización de residencia previa para la contratación y que tampoco era preciso que estos extranjeros obtuvieran el permiso de trabajo, lo que obligó a modificar el criterio de las autoridades administrativas, que mediante Instrucciones de 27 de mayo de 1983, declaraban a los trabajadores de la comunidad iberoamericana y filipina exentos de la sujeción a las normas sobre colocación de trabajadores extranjeros, recogidas en el Decreto 1870/1968 y Real Decreto 1031/1980 y en consecuencia ordenaba a las empresas que

¹⁷⁴ STS de 1982: 6 de julio, Ponente: sr. FERNANDEZ SANTAMARIA (RAJ, 4718), 17 de septiembre, Ponente: Sr. GARRALDA VALCARCEL (RAJ, 4875), 2 de noviembre, Ponente: Sr. PEREZ FERNANDEZ (RAJ, 6944), 3 de noviembre, Ponente: Sr. GARRALDA VALCARCEL (RAJ, 6958) y 22 de diciembre, Ponente: Sr. ROLDAN MARTINEZ (RAJ, 8075); STS de 1983: 21 de enero, Ponente: Sr. FERNANDEZ SANTAMARIA (RAJ, 358), 27 de enero, Ponente: Sr. FERNANDEZ SANTAMARIA (RAJ, 474), 31 de enero, Ponente: Sr. RODRIGUEZ HERMIDA (RAJ, 1342), 9 de marzo, Ponente: Sr. ROLDAN MARTINEZ (RAJ, 6827) y 17 de noviembre, Ponente: Sr. RUIZ SANCHEZ (RAJ, 5795); STS de 1985: 25 de mayo, Ponente: Sr. FERNANDEZ SANTAMARIA (RAJ, 2623); STS de 1986: 20 de junio, Ponente: Sr. ORTOLA NAVARRO (RAJ, 3584) y 11 de diciembre, Ponente: Sr. ESPAÑOL DE LA PLANA (RAJ, 7097), en todas ellas los extranjeros, mayoritariamente iberoamericanos, recurren resoluciones del Delegado de Trabajo por las que se les deniega la solicitud de permiso de trabajo por cuenta ajena en base a que existe exceso de mano de obra nacional, el Tribunal Supremo señala que no es preciso que soliciten dicho permiso de trabajo ya que, en virtud de las Leyes 118/1969 y 58/1980, no lo precisan para trabajar en España. La Sentencia de 9 de Marzo de 1983 va más allá pues reconoce el Derecho a que se inscriba en el correspondiente Registro el contrato de trabajo de un ciudadano iberoamericano, señalando además que no es exigible el previo permiso de residencia para inscribir este contrato, ya que para entrar en España basta la situación de transeunte y más tarde permiso de permanencia y, con posterioridad, permiso de residencia, considerando que es suficiente con que, en primer lugar, se inscriba el contrato, con lo que se aseguran los medios económicos suficientes para vivir, para posteriormente solicitar el permiso de residencia, ya que el Tribunal considera que, de otra forma, las leyes anteriormente citadas no podrían ser aplicables y que si fueron publicadas es para que se apliquen y disfruten sus beneficiarios.

emplearan a dichos trabajadores a registrar tales contrataciones en la Dirección Provincial de Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, antes de que iniciaran su actividad laboral, a efectos estadísticos y de control.

De esta interpretación permisiva de la Leyes 118/1968 y 58/1980, realizada por el Tribunal Supremo, se pasó a una más restrictiva cuando el Tribunal Constitucional, en la tanta veces citada Sentencia de 23 de noviembre de 1984¹⁷⁵, declaró, sin entrar a considerar la obligación de obtener el permiso de trabajo, que "la existencia de una legislación que[...] exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone a la Constitución"¹⁷⁶. Interpretación que permite constatar la imprecisión con que fueron redactadas estas leyes, que dejaban en manos de la legislación posterior sobre extranjería el virtual disfrute de los beneficios concedidos.

Esta Sentencia del Tribunal Constitucional conecta con la orientación incorporada por la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que establece una clara distinción entre residentes legales e ilegales y que rompe con el principio de igualdad de los iberoamericanos, andorranos, filipinos y ecuatoguineanos con los españoles en las relaciones laborales, al reconducir el régimen aplicable a estos extranjeros al régimen general¹⁷⁷. En este sentido, el Título V de

¹⁷⁵ Fto. Jco. 4º de la STC 107/1984 de 23 de noviembre.cit.

¹⁷⁶ Algo similar ocurrió en Francia con el D.nº 86/320 de 20 de marzo respecto de los nacionales argelinos. Cfr.Ch.NGUYEN VAN YEN. Le Droit de l'immigration, cit., p.208.

¹⁷⁷ Este cambio en la política de acceso al empleo de los extranjeros de origen iberoamericano no está exenta de contradicciones en relación con la concurrencia del V Centenario del Descubrimiento de América y la grave coyuntura que afecta a los países iberoamericanos, que hacía especialmente útil para ellos las opciones normativas que

la ley de Extranjería dedicado al establecimiento de determinados regímenes considerados por la misma como especiales, recoge en su artículo 23 que "los nacionales iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, sefardíes y las personas originarias de la ciudad de Gibraltar, cuando pretendan realizar una actividad lucrativa laboral o profesional, por cuenta ajena, tendrán preferencia para trabajar en España, sobre otros extranjeros, conforme se establece en el artículo 18.3 y no vendrán obligados al pago de tasas correspondientes por expedición del permisos de trabajo". No obstante, el desarrollo reglamentario de dicho precepto, que rompe con el anterior sistema de equiparación, se ha limitado, simplemente, al igual que para otros extranjeros, a un trato preferente en la obtención del permiso de trabajo C y a la exención de tasas correspondientes por la expedición del permiso de trabajo de dicho documento.

La interpretación normativa que incorpora el Reglamento de la Ley de Extranjería ha motivado la formulación de Votos Particulares en las Sentencias de 25 de febrero, 18 de marzo y 10 de julio de 1991.¹⁷⁸, por antecedieron a la Ley de Extranjería de 1985, aunque es coherente con las previsiones de esta Ley de Extranjería y sus objetivos de controlar el acceso al trabajo por parte de los extranjeros en un intento de disminuir el paro en el propio Estado español.

¹⁷⁸ Votos Particulares del Magistrado Sr. CONDE MARTIN DE HIJAS a las STS de 31 de febrero de 1991. Magistrado Ponente: Sr. CANCER LALANNE (RAJ 1370); 18 de marzo de 1991. Magistrado Ponente: GONZALEZ MALLO (RAJ 3182) Y 10 de julio de 1991. Magistrado Ponente CANCER LALANNE (RAJ 7579). Las tres Sentencias tiene como origen la denegación del permiso de trabajo a tres súbditos iberoamericanos, denegación que es considerada conforme a Derecho por el Tribunal, al considerar que el art. 19.3 de la Ley de Extranjería concede la necesaria habilitación para que el Reglamento pueda establecer las preferencias que deban otorgarse de acuerdo con lo previsto en el art. 18.3 de la Ley, que incluye la referente a los iberoamericanos, a los que se le concede en el art. 39.3 a) del Reglamento una reducción del el tiempo de disfrute del permiso de trabajo necesario para obtener el de clase C, de forma que

considerar que el desarrollo reglamentario del art. 18.3 f) de la Ley de Extranjería, que establece la preferencia de los iberoamericanos para la concesión del permiso de trabajo, no se cumple con la preferencia a la hora de obtención del permiso de trabajo C establecida en el art. 39, y omitirlos en el art. 38 del mismo Reglamento (que establece las preferencias para la contratación de extranjeros), por lo que considera, que dicho desarrollo "es contrario a la Ley, y lesivo de la situación de aquéllos, a los que se discrimina indebidamente de los titulares de las demás preferencias establecidas en el art. 18.3. de la Ley, si no se supera la omisión en una interpretación integradora", por considerar "que no cabe que el Reglamento de contenidos diferentes a supuestos que la Ley no diferencia. No es admisible que el Reglamento degrade un supuesto que la Ley situaba al mismo nivel que los demás"¹⁷⁹.

Referencias que le hacen estimar que, en definitiva, "el único real contenido objetivo de las preferencias reguladas en el Reglamento es el de no considerar la situación nacional de empleo como límite par la concesión del permiso, y esa ventaja que el Reglamento podía reconocer o no, no puede atribuirse a la generalidad de los supuestos del art. 18.3 de la Ley y negarse al del apartado f)"¹⁸⁰ Pues si esto ocurre "puede resultar lesionado no ya el principio de legalidad (art. 9.3 CE), sino el mismo principio de igualdad (art.14), como en supuestos ajenos a la materia, esta preferencia concedida a los-iberoamericanos opera cuando concurren con otros extranjeros, pero no existe apoyo legal para una genérica equiparación a los españoles cuando, como aquí ocurre, hay mano de obra nacional desempleada" (Fto. Jco 4º de la STS de 18 de marzo de 1991)

¹⁷⁹ Fto. Jco. 1º del Voto Particular de la STS de 25 de febrero de 1991, cit.

¹⁸⁰ Fto. Jco. 2º del Voto Particular de la STS de 25 de febrero 1991, cit.

pero de problemática similar en el aspecto formal de la relación Ley-Reglamento, tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional (STS 209/1987, 78/1990 y 4/1991)"¹⁸¹.

¹⁸¹ Fto. Jco 2º del Voto Particular de la STS de 10 de julio de 1991 y Fto. Jco 4º del Voto Particular de la STS de 18 de marzo de 1991, cit. El Magistrado disidente realiza en sus tres Votos Particulares un amplio estudio, similar en los tres, de la situación de estos extranjeros antes y después de la publicación de la Ley de Extranjería con objeto de fundamentar su posición, tres son los argumentos expuestos: En primer lugar destaca, que el contenido objetivo de la preferencia no es nuevo en nuestro Ordenamiento, sino que es continuación del anterior (Decreto 1870/68), que establecía una serie de situaciones preferentes, en las que se encontraban prácticamente todos los supuestos contenidos en el actual art. 38 del Reglamento, aunque no se mencionaba a los iberoamericanos...etc., por la sencilla razón de que la Ley 118/69, equiparaba su situación a los trabajadores españoles, por lo que su situación era mucho más ventajosa que la de los demás extranjeros. En segundo lugar, señala que con el cambio de situación, dada la derogación por la Ley de Extranjería de la Ley 118/69, la condición de iberoamericano...etc., se convierte en criterio de preferencia, equiparándolo a las demás, prueba de ello es la opinión contenida en el Preámbulo de la Ley de Extranjería y las normas recogidas en el Código Civil para la obtención de la nacionalidad española, que privilegian de modo especial a estos nacionales. Finalmente considera que el dato de que en el Reglamento de la Ley sólo se hable de preferencias en su art. 38, "es fundamental para poderar si la omisión de los iberoamericanos...etc., se acomoda o no a lo dispuesto en los arts. 18.3 y 19.3 de la Ley", pues estima que las ventajas establecidas en el art. 39 del Reglamento respecto de la obtención del permiso de trabajo C, no son suficientes para que quede cumplida esta remisión de la Ley, ya que "mal puede sostenerse que en el orden de realidades se esté dando contenido efectivo a la preferencia establecida por el art. 18.3 de la Ley, si la situación nacional de empleo impide a los iberoamericanos...etc., obtener un permiso B, mal pueden llenar el tiempo de trabajo exigido para que pueda tener virtualidad real la ventaja que se les reconoce en la obtención del permiso C". Teniendo en cuenta, además, que la utilidad normativa de la preferencia establecida en el art. 39 es nula, porque en ese período de tiempo estos nacionales iberoamericanos...etc., pueden, en virtud de lo establecido en los arts. 22 y 23 del CC, obtener la nacionalidad española, sin la pérdida de la suya propia. Todo ello le lleva a señalar que no parece razonable el tratamiento diferencial establecido en el Reglamento al supuesto de los iberoamericanos...etc., en comparación con los demás supuestos de preferencia legal, ni aceptar que las ventajas establecidas en relación al permiso C "puedan ser el adecuado complemento legal a los arts. 18.3 y 19.3 de la Ley. Aceptar lo contrario sería admitir un tratamiento desfavorable y discriminatorio respecto a la hipótesis legal, no concebida en tales

Consideraciones que es preciso matizar, en el sentido de que si bien la situación de preferencia establecida en el artículo 39 del Reglamento, respecto de la concesión de un permiso de trabajo C, para los nacionales iberoamericanos, filipinos, andorranos, ecuatorianos supone una clara discriminación respecto de los demás extranjeros en situación preferente contemplados en el artículo 18 de la Ley, dado que es el único supuesto que no es recogido en el artículo 38, también es preciso señalar, que este último artículo no establece un nivel de preferencias único, al que no pueda ser oponible la situación de empleo nacional, sino, como hemos visto, distintos niveles de preferencia, que limitan a supuestos muy concretos y de especial vinculación con España o de especiales características de la actividad a realizar, la no oponibilidad de la situación de empleo nacional.

a. Solicitud de concesión de los permisos unificados de residencia y trabajo por cuenta ajena. Instrucción y trámites.

Están legitimados para solicitar el permiso de residencia y trabajo por cuenta ajena al empresario o patrono que pretenda emplear al trabajador extranjero, excepto cuando se solicita un permiso tipo C, en cuyo caso, el sujeto legitimado, será el propio trabajador extranjero¹⁸².

“...”, que no puede ser neutralizada por la realidad social del momento, de dramática situación de empleo, ya considerada por la propia Ley, que sin embargo no duda en atribuir dicha preferencia a los iberoamericanos...etc. en su art. 18.3 “enfaticada además en su Preámbulo sobre su preocupación de otorgarla”.

¹⁸² Art. 44.1 a) y b) del R.D. 1119/1986, es lógico que el sujeto legitimado para solicitar el permiso de trabajo tipo C sea el propio trabajador extranjero, ya que precisamente este permiso concede una total libertad respecto al tipo de actividad y el lugar de realización de la misma, así como la posibilidad de trabajar en distintas empresas y con distintos

En el supuesto de que el empresario o patrono no solicitará el permiso de trabajo, supuestos de permiso A y B, podrá hacerlo directamente el trabajador extranjero, lo que no evitará que al empresario se le impongan las sanciones que fueran procedentes por contratar ilegalmente a un trabajador extranjero en su empresa o negocio¹⁸³.

Con referencia en esta actividad de sustitución por el trabajador de la obligación impuesta al empresario, hay que señalar que esta posibilidad es muy difícil que se lleve a cabo realmente, sobre todo de forma individual, ya que el extranjero trabajador ilegal en principio puede desconocer esta norma y, aunque la conozca, lo más probable es que se vea neutralizado por el temor a perder su empleo si insta un permiso de trabajo, porque en realidad esta solicitud se convierte en una denuncia de su patrón, por lo que la medida es bastante difícil que sea factible utilizarla con efectividad, a no ser que los trabajadores extranjeros actúen en grupos con la mediación de alguna entidad sindical.

Las solicitud de permiso unificado podrá hacerse en España o en el extranjero y en todo caso antes de iniciarse la actividad laboral o profesional que se pretenda realizar, sin que el ejercicio de dicha actividad pueda realizarse hasta la obtención del correspondiente permiso unificado de residencia y trabajo¹⁸⁴. La solicitud se presentará empresarios sin necesidad de solicitar un nuevo permiso de trabajo. En realidad se le concede al extranjero con este permiso casi los mismos derechos que a un trabajador nacional: puede cambiar de empresa, actividad, lugar de desarrollo del mismo..., siempre que sea por cuenta ajena.

¹⁸³ Supuesto recogido en el art. 44. 2 del R.D. 1119/1986.

¹⁸⁴ Art. 46 del R.D.1119/1986, precepto, que como ya hemos señalado, causa múltiples problemas tanto a los trabajadores como a sus patronos, dada la lentitud con que se tramitan.

por escrito y duplicado, en impreso oficial, dividido en dos partes para incorporar los datos necesarios a efectos de expedición del permiso de residencia y trabajo¹⁸⁵.

En el supuesto de que el solicitante se encuentre en el extranjero, la solicitud deberá presentarse ante las embajadas u oficinas consulares en cuya demarcación resida¹⁸⁶, que la remitirán a la autoridad laboral competente junto con la documentación presentada y un informe, dando cuenta de todo ello al Ministerio de Asuntos Exteriores¹⁸⁷.

Cuando el solicitante se encuentre legalmente en territorio español la solicitud deberá formalizarse -en tanto no se dicten las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación del Real Decreto 1521/1991, creador de la Oficinas de Extranjeros, a las que faculta para la tramitación, propuesta de resolución y expedición de los permisos de residencia y trabajo- ante la Dirección Provincia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la provincia en que se vaya a desarrollar la actividad, sin embargo en los supuestos en los que el extranjero vaya a desarrollar su actividad en varias provincias, podrá realizarse en cualquiera de las Direcciones Provinciales de Trabajo afectadas. Cuando la solicitud de un permiso de trabajo B sea presentada por una empresa de más de cien trabajadores distribuidos en diferentes centros de trabajo en diversas provincias, pero con sus servicios administrativos centralizados en Madrid capital, deberá presentarse dicha solicitud ante la Dirección General del Instituto Española de Inmigración -actual Dirección General de Migraciones-, quien además podrá avocar el conocimiento y

¹⁸⁵ Art. 47 del R.D. 1119/1986.

¹⁸⁶ Art. 45.2 del R.D. 1119/1986.

¹⁸⁷ Art. 49.2 del R.D. 1119/1986.

resolución de cualquier permiso de trabajo cuando lo estime conveniente¹⁸⁸.

Recibida la solicitud junto con la documentación pertinente¹⁸⁹, que

¹⁸⁸ Arts. 45.1 b) y 52.2 del R.D.1119/1986.

¹⁸⁹ En lo que se refiere a la documentación necesaria, que se ha de presentar ante las autoridades competentes junto con la solicitud del permiso de trabajo difiere dependiendo del tipo de permiso que se solicite.

Cuando se solicite un permiso de trabajo A o B deberá presentar los siguientes documentos (art. 50.5 del R.D.1119/1986): Memoria descriptiva de las características y actividades de la empresa, descripción del perfil del puesto de trabajo que vaya a ocupar el extranjero, así como las razones por las que la empresa lo contrata; copia autorizada del pasaporte en vigor del candidato al puesto de trabajo; en el supuesto de que el extranjero no tenga su residencia habitual en España, duplicado de la solicitud de visado para trabajar presentado en la Embajada u Oficina Consular correspondiente; en el caso de que el extranjero esté comprendido en alguno de los supuestos de preferencia; y no resida en España deberá presentar además del visado ya concedido incorporado al pasaporte, la documentación que justifique que efectivamente se encuentra en alguno de los supuestos de preferencia; identificación fotográfica; en el caso de no tener residencia legal en España, un certificado de no padecer ninguna enfermedad transmisible con repercusión para la Salud Pública, o limitaciones psíquicas evidentes, expedido en el país de origen, traducido y visado por la representación diplomática o consular correspondiente; contrato de trabajo por escrito o documento que acredite el compromiso formal de colocación por parte del empleador, así como la inscripción del extranjero en la Seguridad Social. Cuando se solicite el permiso de trabajo en razón a la especialización del puesto que vaya a ocupar el extranjero, será necesario acreditar estar en posesión del Título académico o profesional español correspondiente o de haber obtenido del Ministerio de Educación y Ciencia la homologación, reconocimiento o convalidación de su título extranjero [art. 50.7 del R.D.1119/1986, artículo que ha sido modificado por el Real Decreto 116/1988 de 5 de febrero, además de haber sido ampliado el tema de la homologación de títulos por los Reales Decretos 86/1987 de 16 de enero y 104/1988 de 29 de enero]

Junto con la solicitud del permiso de trabajo C será preciso presentar los siguientes documentos (art. 50.8 del R.D.1119/1986): contrato de trabajo por escrito o documento que acredite el compromiso formal de colocación por parte del empresario; documentación que justifique que el extranjero interesado reúne las condiciones necesarias para optar a este tipo de permiso de trabajo e identificación fotográfica.

deberá incorporar el visado de residencia por motivos laborales, excepto si el trabajador tiene residencia legal en España¹⁹⁰, la autoridad laboral procederá a la apertura del correspondiente expediente, remitiendo la solicitud relativa al permiso de residencia a la Dirección General de Policía o a la correspondiente Comisaría de Policía¹⁹¹, iniciándose los trámites de información, que por parte del Ministerio del Interior consistirán en recabar información sobre la conducta, relaciones y antecedentes del extranjero en España o en los países en los que haya residido en los últimos cinco años, todo ello destinado a considerar los datos que concurren a efectos de conceder o denegar el permiso de residencia.

¹⁹⁰ La exigencia de visado para trabajar en España, de la que se exime a los solicitantes de permiso de trabajo C pues obligatoriamente han de ser residentes legales en España, y a los residentes legales que hasta el momento no hayan desarrollado una actividad lucrativa, ha sido una de las causas que han hecho aumentar el número de trabajadores ilegales en España, debido a que la mayoría de los extranjeros entraban como turistas, al no exigírseles visado de estancia y al encontrar trabajo e intentar regularizar su situación se les obligaba a salir de España para solicitar el visado por motivos laborales, y una vez solicitado ante una representación consular española se encontraba con que no se lo concedían, teniendo que optar, por quedarse fuera o volver como trabajador ilegal si conseguía entrar. Esta situación propició, que muchos extranjeros se quedarán en España en situación ilegal o que intentase regularizarse solicitando la exención de visado ante el Ministerio del Interior, en virtud de lo previsto en los arts. 5.4 y 22.3 del Reglamento, para situaciones excepcionales. De ahí que, precisamente, el proceso de regularización llevado a cabo durante el año 1991, eximía de la obligación de presentación de visado, pues en caso contrario no hubiera sido factible.

¹⁹¹ Art. 49.3 del R.D. 1119/1986. La autoridad laboral deberá enviar a las autoridades del Ministerio del Interior junto con la solicitud relativa al permiso de residencia una copia del pasaporte, el visado por motivos laborales, en caso de ser necesario, o la solicitud del mismo, o la exención de visado concedida por las autoridades competentes, un certificado de antecedentes penales e identificación fotográfica.

Paralelamente, la autoridad laboral podrá solicitar los informes que estime conveniente para la buena resolución del expediente, y preceptivamente un informe - que deberá ser evacuado en el plazo de doce días - a la oficina del INEM de la provincia o provincias donde el extranjero vaya a desarrollar el trabajo, informe que no será necesario cuando la autoridad laboral disponga de información oficial, sobre dicha situación laboral, detallada por áreas geográficas, actividades económicas y grupos de ocupación¹⁹².

La normativa vigente, presenta un dato innovador que hace referencia a la supresión de la obligación de publicidad durante la tramitación del permiso de trabajo y en los organismos oficiales adecuados (INEM), del puesto de trabajo solicitado por el extranjero¹⁹³, publicidad que era obligatoria y preceptiva desde la publicación del Decreto 1870/1968, de 27 de julio, y que iba dirigido a informar a los trabajadores españoles de la existencia de dicho puesto de trabajo, que podía ser ocupado con carácter preferente por el trabajador nacional si cumplía los requisitos para ello, pero que permitía, a su vez, al extranjero acceder al puesto, si en el plazo de de un mes ningún español lo hubiera solicitado, sin que le fuera oponible la situación de empleo nacional¹⁹⁴. La supresión de este trámite supone un impedimento más

¹⁹² Art. 51.1 del R.D. 1119/1986.

¹⁹³ Este trámite de publicidad el puesto de trabajo es ahora un requisito, que "podrá" se exigido por la autoridades laborales al empresario, según establece el art. 37.1 R.D. 1119/1986. Sin embargo puede jugar en favor del trabajador extranjero, si la contratación se hace con anterioridad a la solicitud del permiso de trabajo y los perfiles son artificioamente reflejados en el anuncio. Vid. M.RAMOS QUINTANA: El trabajo de los extranjeros en España, cit. p.77.

¹⁹⁴ La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha precisado el contenido de este trámite, ahora innecesario, señalando: "Que a pesar de que el informe preceptivo de la Comisión

para el acceso de los trabajadores extranjeros a un puesto de trabajo en España, que se completa con la exclusión de los titulares de permisos A y B y sus correspondientes contratos de trabajo, de los beneficios derivados de los programas de fomento del empleo, cualquiera que sea el apoyo, subvención o bonificación¹⁹⁵.

Provincial de Gobierno (posteriormente Oficina Provincial de Empleo) señale el incremento del paro en la provincia, los efectos de este informe quedan neutralizados por la presunción derivada de la interpretación en sentido contrario del artículo 9 del Decreto 1870/1968 que manifiesta que no se concederán permisos de trabajo a extranjeros cuando algún español manifieste el deseo de ocupar dicho puesto solicitado y a dicho efecto el párrafo segundo de dicho artículo 9 dispone que se considerará que no existen trabajadores nacionales aspirantes al puesto si en el plazo de un mes a contar desde la fecha de la solicitud ningún español hubiera pretendido la solicitud del mismo, luego si no hay trabajador español que haya pretendido el puesto de trabajo al que aspira el extranjero, pese a la publicidad dada mediante comunicación al organismo competente se ha de concluir estimando que no existe excedente de mano de obra nacional sin colocar en esa actividad y por otro lado que en defecto de español el puesto de trabajo se otorgará a extranjero". En este sentido: STS de 16 de noviembre de 1982, Ponente: Sr. PEREZ FERNANDEZ (RAJ, 6997), coincide con esta doctrina la STS de la misma fecha, Ponente: Sr. GARRALDA VALCARCEL (RAJ, 6999); 31 de enero de 1983, Ponente: Sr. ROLDAN MARTINEZ (RAJ, 1341) y otra de la misma fecha, Ponente: Sr. GARRALDA VALCARCEL (RAJ, 1343); Sentencia de 13 de febrero de 1983, Ponente: Sr. FERNANDEZ SANTAMARIA (RAJ, 594); Sentencia 7 de octubre de 1983, Ponente: Sr. RODRIGUEZ HERMIDA (RAJ, 5032) y Sentencia de 26 de mayo de 1986, Ponente: Sr. PEREZ FERNANDEZ (RAJ, 2662).

¹⁹⁵ Al respecto, M. RAMOS QUINTANA: El trabajo de los extranjeros en España, cit. p. 77, considera que si bien la Constitución admite un trato discriminatorio en el acceso al empleo de los extranjeros, resulta constitucionalmente inadmisibles esta discriminación en el desarrollo de la relación jurídico laboral, por ello, aquellos beneficios provenientes de programas de fomento del empleo que incidan no en la fase inicial de acceso a un puesto de trabajo, sino en la relación jurídico laboral ya iniciada, deberían extenderse a los supuestos en que en dicha relación sea parte un extranjero.

b. Resolución del expediente de tramitación del permiso unificado de residencia y trabajo.

Instruido el expediente e informada la documentación presentada por el solicitante, la autoridad laboral resolverá concediendo o denegando el correspondiente permiso. La ley establece las causas de denegación de los permisos de trabajo, dependiendo del tipo de permiso de trabajo que se trate, para ello establece que la resolución de la autoridad laboral "denegará" las solicitudes de permisos A y B cuando se produzcan alguna de estas circunstancias¹⁹⁶: "cuando lo aconseje la situación nacional de empleo, a juicio de la autoridad laboral", salvo cuando el extranjero que optó al puesto de trabajo pertenezca a alguna de las categorías de trabajadores en situación preferente a las que no pueda ser oponible la situación del empleo nacional; que las condiciones fijadas en el contrato que acompañan a la solicitud fueran inferiores a las establecidas por las normas vigentes para la misma actividad, categoría y localidad, ya que las normas reguladoras de las condiciones mínimas de empleo son normas de obligado cumplimiento, por ser de Orden Público; que la petición la hiciera una empresa que hubiera incumplido notoriamente la legislación social; que se omitan presentar datos y/o documentos exigibles, mientras este error no sea subsanado o, en caso de que se presenten documentos falsos o se hayan formulado alegaciones inexactas; que concorra cualquier otra causa que sea considerada motivo suficiente por la Autoridad Laboral.

Causas estas dos últimas que son consideradas también como mo-

¹⁹⁶ Art. 37.4 del R.D. 1119/1986.

tivo de denegación de permiso de trabajo C¹⁹⁷, al que sin embargo no afecta el exceso de mano de obra en paro, ya que, como he dicho con anterioridad, el permiso de trabajo C asimila prácticamente a los trabajadores extranjeros a los nacionales españoles.

Cuando la Autoridad Laboral competente - Dirección Provincial de Trabajo o Dirección General de Migraciones - acuerde la denegación del permiso de trabajo, dictará resolución "debidamente motivada", "notificándola directamente al solicitante" y comunicándola a la autoridad gubernativa competente¹⁹⁸ y, en caso de que el trabajador extranjero hubiera solicitado visado de entrada por motivos laborales, a la Dirección General de Asuntos Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores para que se lo comuniqué a la correspondiente Embajada u Oficina Consular. En los supuestos en los que la solicitud de permiso de trabajo hubiera sido presentada en una Embajada u Oficina Consular, la denegación se les notificará a los interesados por las mencionadas dependencias a través del Ministerio de Asuntos Exteriores¹⁹⁹.

La notificación al interesado de la resolución denegatoria del permiso de trabajo posibilita la interposición de los correspondientes recursos contra la misma, con independencia de que se considere como una auténtica resolución, que pone fin al expediente administrativo o como un acto de trámite determinante de la imposibilidad de su

¹⁹⁷ Art. 39.4 del R.D. 1119/1986.

¹⁹⁸ Situación que ha propiciado la falta de simultaneidad en la tramitación del permiso unificado de residencia y trabajo, pues las autoridades del Ministerio del Interior, esperan la resolución favorable del permiso de trabajo para iniciar los trámites necesarios para la concesión o denegación del permiso de residencia, con el consiguiente retraso en su expedición, que, como ya señalamos, causa graves trastornos al trabajador y a su empresario.

¹⁹⁹ Art. 52.3 del R.D. 1119/1986.

continuación, de conformidad con el artículo 113 de la LPA que considera ambos tipos de actuaciones, como habilitadoras para la interposición de un recurso administrativo²⁰⁰.

La obligación de motivar las resoluciones denegatorias de permiso de trabajo, establecida por el Real Decreto 1119/1986 de 26 de mayo, tiene que ser considerada como una aportación coherente con el Principio de Seguridad Jurídica, reconocido como uno de los Principios base que ha de informar nuestro Ordenamiento, por la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, aunque la problemática que incorpora la Ley de Extranjería permite precisar que habría que exigir a la Administración que sus resoluciones estén suficientemente motivadas²⁰¹.

²⁰⁰ Vid. V. ESCUIN PALOP: Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España, cit. ,p.63, quien, además, señala que este hecho: la notificación al interesado de la denegación del permiso de trabajo, a pesar de que lo solicitado es un permiso unificado de residencia y trabajo, pone de relieve especialmente su carácter de procedimiento administrativo integrado.

²⁰¹ Como de modo reiterado precisó el Tribunal Supremo en su Jurisprudencia posterior a la entrada en vigor de la Constitución de 1978, pero anterior a la publicación de la Ley de Extranjería, a pesar de que la legislación vigente en el momento no lo exigía, al considerar "Que las resoluciones denegatorias de solicitudes de permisos de trabajo a extranjeros al dirigirse estas solicitudes a la obtención de un acto de autorización ampliatorio de su esfera de actuación individual, presuponen una limitación para el ejercicio del derecho, por lo que han de ser motivadas, a tenor del art. 43.1 a) LPA, y exigencia mínima de esta motivación es la determinación del hecho encuadrable en la norma y no la simple cita de ésta, que motivaría la denegación, determinación verificada a través de los elementos obrantes en el expediente y fundamentalmente su juicio de valor en los informes requeridos en la tramitación del expediente", Fundamento del Tribunal de Instancia, que el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de enero de 1983, Ponente: Sr. FERNANDEZ SANTAMARIA (RAJ, 302), completa al considerar en su Fto. Jco. 2º, "que la facultad concedida por la legislación a la Administración para otorgar o denegar el permiso de trabajo le exige motivar su resolución a la vista de los informes requeridos en la tramitación del expediente y toda vez que el juicio valorativo de la Administración no es puramente discrecional sino fundada en conceptos jurídicos

La circunstancia de que la situación nacional de empleo obligue a las autoridades laboral a denegar el permiso de trabajo, unido al hecho de que la Administración para la resolución del expediente cuente con los informes del INEM, ha dado lugar a que las denegaciones de las solicitudes de trabajo sean motivadas en base a una mera fórmula. La posterior denuncia de falta de motivación, por considerar los extranjeros afectados, que la justificación de la resolución denegatoria del permiso de trabajo en base a una simple fórmula ocasiona su indefensión, ha sido rechazada por la más reciente²⁰² Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La Sentencia de 25 de febrero de 1991²⁰³ considera, que si bien la indeterminados". Vid. en el mismo sentido STS de 11 de abril de 1984, Ponente: Sr. PEREZ FERNANDEZ (RAJ, 1919); 20 de enero de 1986, Ponente: Sr. SAINZ DE ROBLES RODRIGUEZ (RAJ, 531) y 26 de Febrero de 1986, Ponente: Sr. GARRALDA VALCARCEL (RAJ, 663).

²⁰² Al respecto es preciso señalar, que la misma fórmula denegatoria fue considerada como motivación insuficiente, "más bien falta de motivación", por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de 1990: STS: 27 de febrero, Ponente: Sr. MORENO MORENO (RAJ, 783); 28 de febrero, Ponente: Sr. MORENO MORENO (RAJ, 784); 21 de septiembre, Ponente: Sr. MORENO MORENO (RAJ, 6847) y 22 de noviembre, Ponente: Sr. FUENTES LOJO (RAJ, 9697), que ordenaba la anulación de la resoluciones recurridas y reponían las actuaciones al momento anterior a dictarla. Estas Sentencias seguían la Doctrina del TS posterior a la Constitución, pero anterior a la revisión de resoluciones denegatorias tomadas en base a la Ley de Extranjería y su Reglamento.

²⁰³ STS de 25 de febrero 1991, Ponente: Sr. CANCER LALANNE (RAJ 1370). En el mismo sentido las STS, todas ellas de 1991: 4 de marzo, Ponente: Sr. MURILLO MARTIN DE LOS SANTOS (RAJ, 2101); 7 de marzo, Ponente: Sr. MURILLO MARTIN DE LOS SANTOS (RAJ, 2183); 16 de abril, Ponente: Sr. SANCHEZ ANDRADE (RAJ, 3221); 17 de abril, Ponente: Sr. CONDE MARTIN DE HIJAS (RAJ, 3228); 23 de abril, Ponente: Sr. SANCHEZ ANDRADE (RAJ, 3319); 29 de abril, Ponente: SANCHEZ ANDRADE (RAJ, 3354); 10 de octubre, Ponente: Sr. CANCER LALANNE (RAJ, 7579), 18 de julio, Ponente: Sr. SANCHEZ ANDRADE (RAJ, 6738) y 4 de noviembre, Ponente: Sr. BURON BARBA (RAJ, 8875).

normativa vigente obliga a la autoridad laboral que acuerde denegar el permiso de trabajo a dictar la preceptiva resolución «debidamente motivada», "es reiteradísima la doctrina jurisprudencial interpretadora del art. 43, según la cual no cabe confundir la brevedad y concisión de los términos de los actos administrativos resolutorios con su falta de motivación para entender cumplido ese requisito con que, aún sumariamente, se indique de forma inequívoca el fundamento de la denegación. No en balde el art. 43.1 dice que sean motivados «con suscita referencia». Y sobre esta premisa no cabe tener aquí por inmotivadas las Resoluciones administrativas impugnadas, pues la inicialmente dictada de fecha de 15 de febrero de 1988, funda la denegación en que «no queda justificada la necesidad o conveniencia para el empleo y la economía nacional el cubrir con un extranjero, la actividad solicitada de conformidad con lo establecido en el art. 37.4 a) del aludido Reglamento, por el cual la autoridad laboral denegará el permiso de trabajo cuando así lo aconseje la situación nacional de empleo» con lo que queda consignada en dicha resolución de forma inequívoca cuales son los motivos que llevan a la autoridad laboral a la denegación, con cita incluso del precepto de cobertura, pues el citado art. 37.4 dispone que se denegará el permisos de trabajo «cuando lo aconseje la situación nacional de empleo, a juicio de la autoridad laboral, a salvo de los previsto en el art. 38». Y tampoco puede sostenerse que sea inmotivada la Resolución de 21 de abril de 1988, que resolvió el recurso de reposición formulado frente a la del 15 de febrero, pues en ella se lee que visto el recurso de reposición, «no se aprecia en el mismo, criterios o fundamentos que desvirtuen los motivos de la Resolución denegatoria citada», con lo que implícitamente en esta segunda Resolución se está reproduciendo los motivos que determinaron la denegación de la primera, sin que, en último término, pueda caerse en

el olvido de que los defectos de forma de que pueda adolecer un acto administrativo no generan «per se» su anulación, sino sólo cuando a los mismos pueda anudarse razonablemente los efectos perniciosos previstos en el art. 48.2 de la LPA, efectos que no se dan en este caso, pues la indefensión del recurrente, que es el único a considerar, difícilmente se pueden admitir que se hayan producido cuando aquél con perfecto conocimiento del motivo que ha llevado a la Administración a denegar el permiso de trabajo interesado, ha tenido ocasión de combatirlo en la vía jurisdiccional²⁰⁴.

La confirmación de estas resoluciones denegatorias por el Tribunal Supremo permite comprobar la eficacia probatoria de los informes de órganos administrativos especializados, base de la motivación de la decisión administrativa, que trasladan la carga probatoria al interesado que se verá obligado a probar el erróneo contenido de los mismos²⁰⁵, como el propio Tribunal Supremo se encarga de señalar en Sentencia de 4 de noviembre de 1991²⁰⁶, al considerar, que "el juicio de la Autoridad Laboral sobre la situación nacional de empleo sólo puede ser desoído si la favorecida con la petición de permiso de trabajo o el empresario que ofrece el puesto cumplen la carga de justificar el error de la autoridad laboral. En este caso en que no ha habido prueba no podemos apoyarnos en dato alguno para concluir que dicha autoridad laboral actuó equivocada o de modo discriminatorio al utilizar la discrecionalidad que le concede el precepto citado"²⁰⁷.

²⁰⁴ Fto. Jco 2º de la STS e 25 d febrero e 1991, cit.

²⁰⁵ Vid al respecto V. ESCUIN PALOP: Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España, cit.p.63.

²⁰⁶ STS 4 de noviembre de 1991, Ponente: Sr. BURON BARBA (RAJ, 8875).

²⁰⁷ Fto. Jco. 2º STS 4 de noviembre de 1991, cit. Al respecto, las STS de 25 de junio de

Cuando la resolución de la Autoridad laboral sea favorable, es decir se conceda el permiso de trabajo solicitado, se extenderá dicho permiso en el correspondiente documento unificado y se enviará a la autoridad gubernativa competente en los supuestos en los que el permiso solicitado supere el periodo de tres meses²⁰⁸ para que, si lo estima procedente, extienda el correspondiente permiso de residencia²⁰⁹.

A la vista de la documentación obrante y a la información recibida de las autoridades policiales del país de origen o procedencia del extran-

1990, Ponente: Sr. FUENTES LOJO (RAJ, 4687) y 10 de diciembre de 1991, Ponente: Sr. CONDE MARTIN DE HIJAS (RAJ, 9249), consideran la denegación del permisos de trabajo improcedente, al estimar que ha sido suficientemente probado por los interesados, la falta de trabajadores españoles para cubrir los puestos de trabajo concretos y la STS de 18 de diciembre de 1991, Ponente: Sr. SANCHEZ ANDRADE Y SAL (RAJ, 9338), que estima improcedente la denegación del permiso de trabajo, porque el interesado es un extranjero casado con una española, de la que no está separado de hecho o de derecho, circunstancia preferente a la que no puede ser oponible "la situación nacional de empleo", según establece el art. 38 del Reglamento,

²⁰⁸ Sin embargo, según establece el art. 52.2 del R.D. 1119/1986, si el permiso de trabajo que autorice el ejercicio de actividades por un periodo inferior a noventa días, será entregado directamente al solicitante, que deberá personarse en el plazo de diez días ante la autoridad gubernativa, para solicitar o regularizar su estancia legal en España, debiendo además abonar las correspondientes tasas fiscales - tanto el trabajador como el empresario contratante - correspondiendo en este supuesto la cuota c) del nº 1 del art. 4 de la Ley 29/1968 convenientemente actualizadas por los Presupuestos del Estado (según establecen los arts. 61 y 62 del R.D. 1119/1986), a no ser que el trabajador sea nacional de un país hispanoamericano, Portugal, Filipinas, Andorra, Guinea Ecuatorial o así lo establezcan algún Tratado o Convenio del que España sea parte (art. 64 nº 1y 2 del R.D. 1119/1986), trámites que será preciso realizar, pues en caso contrario el permiso quedará invalidado (Art. 52.4, *in fine* del R.D. 1119/1986)

²⁰⁹ Art. 53 del R.D. 1119/1986.

teras, la Autoridad Policial competente, que será en principio el Gobierno Civil de cada provincia²¹⁰, teniendo en cuenta las circunstancias de seguridad pública que concurren, concederá o denegará el permiso de residencia correspondiente. Permiso de residencia que deberá ser necesariamente denegado si el extranjero se haya incurrido en alguno de los supuestos de prohibición de entrada²¹¹ o de expulsión²¹², únicos supuestos reglados que condicionan la resolución negativa del expediente y que, en el resto de los supuestos, remite al determinismo de los informes policiales.

La denegación del permiso de residencia deberá ser notificada formalmente al interesado²¹³, denegación que debe ser motivada, siguiendo el razonamiento expuesto anteriormente respecto de la prórroga de estancia y concesión de permiso de residencia, a pesar de que las disposiciones vigentes se limiten a señalar como obligatorio la simple notificación de dicha denegación, sin hacer ninguna referencia a la motivación de la misma. El cumplimiento de estos requisitos formales no permite ignorar los referidos componentes discrecionales y el efecto adicional, singularizado en las dificultades de control jurisdiccional de las medidas adoptadas, cuando implican situar al extranjero fuera del territorio nacional.

²¹⁰ Aunque en el supuesto de que el permiso de trabajo o conceda la Dirección General de Migraciones, corresponderá otorgar el permiso de residencia a la Dirección General de Policía (Art. 54.1 del R.D. 1119/1986).

²¹¹ Art. 14 del R.D. 119/1986.

²¹² Art. 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985.

²¹³ Art. 55.1 del R.D. 1119/1986.

La concesión²¹⁴ del permiso de residencia será formalmente comunicado por la Autoridad Gubernativa competente, que además formulará el requerimiento del pago de los correspondientes derechos y tasas²¹⁵, a no ser que estos trabajadores esten exentos expresamente de dichos pagos²¹⁶. Una vez abonadas las tasas y derechos, se entregará personalmente al trabajador titular su permiso unificado de residencia y trabajo.

La concesión o denegación del permiso de residencia deberán ser comunicadas por la Autoridad Gubernativa competente a la Autoridad Laboral que haya concedido el permiso de trabajo.

Si una vez entregado el permiso de residencia y trabajo la Autoridad Laboral comprueba que las circunstancias alegadas no son ciertas o que las condiciones impuestas no se hubieren cumplido, podrá proceder por resolución motivada y previa audiencia del interesado, a anular dicho permiso, comunicando a continuación dicha resolución a la Autoridad Gubernativa competente²¹⁷, previsión reglamentaria en claro conflicto con

²¹⁴ Art. 55 del R.D.1119/1986.

²¹⁵ Que deberán ser abonados por el trabajador y la empresa contratante, conforme a las cuotas tributarias establecidas en el artículo 4 de la ley 29/1968 de 20 de junio, con actualizaciones aprobadas conforme a los Presupuestos del Estado según señalan los artículos 61 y 62 del R.D.1119/1986, que establecen las cuotas a pagar dependiendo de la duración del permiso.

²¹⁶ Artículo 23 de la Ley orgánica 7/1985 y artículo 64.2 del R.D. 1119/1986 que se refiere a los extranjeros nacionales iberoamericanos, filipinos, andorranos, portugueses, ecuatoguineanos, sefardíes y personas originarias del territorio de Gibraltar. Además el número 1 del artículo 64 del R.D. 1119/1986 recoge el supuesto de extranjeros que esten expresamente exentos en virtud de algún Tratado o Convenio del que España sea parte o en aplicación de algún principio de reciprocidad.

²¹⁷ Art. 37.5 del R.D.1119/1986.

lo dispuesto en la Ley de procedimiento Administrativo al regular, según ya apreciamos, la revisión de los actos administrativos²¹⁸.

c. Incidencia de los Convenios de Doble Nacionalidad en la concesión de los permisos de trabajo.

La derogación de la Ley 118/69, que reconocía la equiparación de los iberoamericanos, andorranos, filipinos y ecuatoguineanos con los nacionales españoles a efectos laborales y la consiguiente aplicación del régimen general de trabajo y residencia, previsto por la Ley de Extranjería a estos extranjeros, ha dado lugar a que un buen número de nacionales iberoamericanos invoquen a su favor los Convenios de Doble Nacionalidad, firmados por España y sus países de origen, alegando que en ellos se establece el principio de equiparación de los nacionales de cada uno de los Estados Contratantes, y que por consiguiente, tienen el derecho a que se le conceda el permiso de trabajo, no siendoles oponible, por lo tanto, "la situación nacional de empleo", como circunstancia motivadora de la denegación del permiso de trabajo.

La invocación de estos Convenios de Doble Nacionalidad ha sido aceptada por el Tribunal Supremo para los nacionales de Chile y Perú²¹⁹,

²¹⁸ Arts. 109-112 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

²¹⁹ STS de 1990: de 1 de junio, Ponente: Sr. CONDE MARTIN DE HIJAS, (RAJ, 4868); 7 de julio, Ponente: Sr. CONDE MARTIN DE HIJAS, (RAJ, 5815); 15 de noviembre, Ponente: Sr. FUENTES LOJO, (RAJ, 8480); 19 de noviembre, Ponente: Sr. CONDE MARTIN DE HIJAS (RAJ, 8486); 13 de diciembre, Ponente: Sr. ROSAS HIDALGO (RAJ, 10452); STS de 1991: de 23 de febrero, Ponente: Sr. CONDE MARTIN DE HIJAS (RAJ, 1364); 4 de marzo, Ponente: Sr. SANCHEZ ANDRADE (RAJ, 2099); 19 de abril, Ponente: Sr. SANCHEZ ANDRADE (RAJ, 3306); 1 de julio, Ponente: Sr. BURON BARBA, (RAJ, 6616); 18 de julio, Ponente: Sr. CANCER LALANNE (RAJ, 6737) y 12 de noviembre, Ponente: Sr. SANCHEZ ANDRADE (RAJ, 8879).

no así los de la República Dominicana (por no incluir los principios de equiparación y reciprocidad)²²⁰, al considerar que en "la Ley orgánica 7/85 en su artículo Tercero establece que «lo dispuesto en esta Ley se entenderá en todo caso sin perjuicio de lo establecido en las Leyes Especiales y en los Tratados Internacionales en los que sea parte España», lo que implica salvar la eficacia de estos Tratados. En el Convenio que nos ocupa, y en su art. 7 se consagra inequívocamente el derecho de los peruanos en España (y de los españoles en Perú) a ejercer todo género de industria y « ejercer oficios o profesiones gozando de protección laboral y de Seguridad Social»".

La Doctrina jurisprudencial estima que la remisión contenida en el mismo artículo 7 del Convenio (que es idéntico en número y contenido en el caso de Perú y Chile) al declarar «el ejercicio de estos Derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejerciten», "no se trata de una simple remisión desde el Convenio a la legislación española, como ocurre con otros Convenios, y en cuya técnica normativa al cambiar la legislación española pueden cambiar los derechos de los extranjeros concernidos por el Convenio, sino que en el Convenio internacional con Perú se incluye un contenido propio y específico, y no sólo una abstracta remisión a la legislación de los Estados firmantes"²²¹.

Considerando que para entender el verdadero sentido de esta remisión es preciso "distinguir entre la titularidad del derecho a trabajar en España, y el ejercicio de este derecho, siendo éste último y no el derecho mismo en su atribución, el que viene sometido a la legislación española,

²²⁰ STS de 17 de abril de 1991, Ponente: Sr. CONDE MARTIN DE HIJAS, (RAJ, 3228).

²²¹ Fto. Jco. 4º de la STS de 7 de julio de 1990, cit.

sumisión a la que, por lo demás también afecta, y del mismo modo, a los ciudadanos españoles", pues "con ello se está refiriendo, en el supuesto de trabajadores por cuenta ajena a las normas laborales del país en el que se lleva a cabo el trabajo, sobre jornada, horario, descanso, concertación etc."

Por lo que, dada la titularidad del derecho a trabajar en España en las mismas condiciones que los nacionales españoles, "el condicionamiento de su ejercicio por la legislación española debe suponer la necesidad de proveerse de permiso de trabajo; pero su otorgamiento por la autoridad laboral resulta imperativo por la razón del Convenio"²²².

d. Renovación de permisos.

Una vez transcurrido el plazo para el que fué concedido, el permiso de residencia y trabajo podrá ser renovado, aunque sólo en caso de ser titular de permiso de trabajo B o C, ya que los beneficiarios de un permiso de trabajo A ven esta posibilidad expresamente prohibida²²³. Solicitud de renovación que deberá presentarse debidamente documentada²²⁴, y

²²²Fto. Jco. 4º de la STS de 23 de febrero 1991, cit.

²²³ Art. 35.3 del R.D. 1119/1986.

²²⁴ Cuando se solicite la renovación de un permiso B, la empresa contratante que es la legitimada para dicha solicitud deberá presentar idéntica documentación que la que presentó para solicitar el permiso por vez primera, excepto la memoria descriptiva de las actividades de la empresa y la descripción del puesto de trabajo que ocupe el extranjero que ya no son necesarios, pues tienen que ser los mismos que los presentados para la solicitud de dicho permiso (en caso contrario en vez de solicitud de renovación de permiso habrá que pedir un nuevo permiso de trabajo, explicando el nuevo perfil de la empresa o del puesto de trabajo), tampoco será preciso que presente la solicitud de visado para trabajar en España, ni los certificados médicos de no padecer enfermedades físicas contagiosas o psíquicas, sin embargo si deberá

acompañada del permiso unificado de residencia y trabajo, cuando menos un mes antes de la caducidad del permiso²²⁵ y cuya tramitación sigue unos cauces similares a la del permiso unificado de residencia y trabajo, teniendo en cuenta, que el permiso de trabajo C "será renovado" a la expiración de su vigencia, "si su titular continua en activo, ya sea como trabajador en activo o como demandante de empleo"²²⁶, mientras que la posesión de un permiso B no vincula a la autoridad laboral, que "podrá" conceder la renovación, si subsisten las mismas o análogas circunstancias que determinaron la primera concesión²²⁷. Literal que si bien parece referirse a las circunstancias personales y laborales del trabajador, también permiten otra interpretación, en el sentido de que la autoridad laboral pueda estimar que las circunstancias del empleo nacional hayan variado, y por consiguiente, denegar la renovación del permiso, como ha sido aceptado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de marzo de 1991, al considerar que si bien "el art. 19 de la Ley orgánica 7/1985, dispone que los permisos de trabajo se renovarán, siempre que subsistan

presentar justificante de alta en la Seguridad Social y de estar al corriente del pago de las cuotas de la misma según establece el art. 50.5 del R.D.1119/1986. Cuando la solicitud vaya dirigida a obtener la renovación de un permiso de trabajo C, se presentará como únicos documentos junto con la solicitud, la copia autorizada del pasaporte en vigor y la correspondiente identificación fotográfica (art. 50.5 del R.D.1119/1986.. Esta solicitud de renovación de permiso deberá ser presentada por el propio trabajador titular del mismo, que deberá estar en activo, o en paro involuntario.(art. 39.5 del R.D.1119/1986).

²²⁵ Se presentará una fotocopia del permiso de trabajo acompañado del original, que previa cotejo será devuelto al interesado (art. 46.2 del R.D.1119/1986).

²²⁶ Art. 39.5 del R.D. 1119/1986.

²²⁷ Art. 36.2 del R.D. 1119/1986.

las mismas circunstancias que determinaron la primera o anterior concesión", también es preciso señalar "que las circunstancias de empleo nacional son cambiantes y que el propio precepto dispone que cuando las circunstancias determinantes de una concesión varien, debe solicitarse una nueva expedición de permiso"²²⁸

b.- Permisos de trabajo por cuenta propia.

Comprende los permisos de trabajo tipificados como permisos D y E.

El permiso de trabajo tipo D²²⁹ se otorga por un periodo máximo de un año²³⁰ para la realización de una actividad por cuenta propia, y podrá ser concedido, cuando así se estime conveniente, circunscrito al desarrollo de una específica actividad y a una localidad determinada.

El permiso de trabajo tipo E²³¹ se concede por un periodo máximo de cinco años²³² para la realización de cualquier actividad por cuenta propia en cualquier punto de la geografía española. Será concedido a los extranjeros que habiendo gozado de un permiso D con anterioridad demuestren que se hallan establecidos, cumplan sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social y que su actividad les ocupa la jornada completa,

²²⁸ Fto. Jco.3º de la STS 4 de marzo de 1991, cit., (RAJ 2101).

²²⁹ Art. 40 del R.D.1119/1986.

²³⁰ Art. 34.2 b) del R.D.1119/1986.

²³¹ Art. 41 del R.D. 1119/1986.

²³² Art. 34.2 b) del R.D.1119/1986.

sin necesidad de que tengan que recurrir a ningún tipo de trabajo complementario para poder mantenerse

El casuismo en la determinación de supuestos de concesión a que fuerza la regulación normativa expuesta delimita unas técnicas de control administrativo en las que el detalle en los requisitos exigidos contrapone el estatuto de los ciudadanos a las condiciones exigidas a los extranjeros, si bien, también es obvio que conocidos los requisitos, la voluntad de ajustarse a ellos relativiza la utilidad del esfuerzo reglamentario, si bien queda la habilitación al órgano administrativo para controlar la efectiva adecuación a la previsión normativa.

1. Solicitud de concesión y renovación de permisos unificados de residencia y trabajo por cuenta propia. Instrucción y trámites.

La solicitud de estos permisos de trabajo, corresponde, por naturaleza, al propio extranjero interesado en realizar actividades comerciales, agrícolas, industriales o artesanales por cuenta propia en España²³³, que deberá presentar su solicitud en España o en el extranjero, dependiendo de las circunstancias que concurren.

Cuando resida en España, deberá presentar su solicitud debidamente documentada²³⁴, que incluirá el visado para trabajar en España²³⁵, ante

²³³ Art. 44.1 b) del R.D. 1119/1986.

²³⁴ Si el extranjero solicita la concesión de un permiso de trabajo D deberá presentar junto con la solicitud debidamente formulada la siguiente documentación (art. 50.2 del R.D. 1119/1986): Copia autorizada de pasaporte en vigor, con visado por motivos laborales incorporado, salvo que ya se encuentre residiendo legalmente en España; certificado de antecedentes penales, expedido por las autoridades de su país de origen o de procedencia, si el extranjero no reside en España y si venía residiendo con anterioridad de las autoridades españolas; certificado médico oficial en el que conste no padecer ni enfermedades transmisibles y con

la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la provincia en donde se pretenda desarrollar su actividad o, en caso de que pretenda realizarlas en varias provincias distintas, en aquella donde radique la actividad principal²³⁶, en tanto no se desarrolle el Real Decreto 522/1991, creador de las Oficinas de Extranjeros, a quienes habilita para recibir para tramitar, proponer resolución a las autoridades competentes y expedir los permisos unificados de residencia y trabajo.

Cuando el extranjero solicitante de un permiso de trabajo D o E se repercusiones para la Salud Pública; identificación fotográfica; proyecto de la explotación o actividad a realizar, con evaluación de la inversión a realizar, su rentabilidad y la posible creación de empleos; documentos acreditativos de haber solicitado y en su caso obtenido las autorizaciones o inscripciones exigidas por la legislación española para la instalación, apertura y funcionamiento de la actividad a realizar y, en su caso, documentos que acrediten que el extranjero está incluido en alguna de las preferencias establecidas por el artículo 18 de la Ley de Extranjería. Si la solicitud va dirigida a obtener un permiso de trabajo E el extranjero junto con la solicitud deberá presentar además de un certificado de antecedentes penales e identificación fotográfica, copia autorizada del pasaporte en vigor y del permiso de trabajo anterior, y documentos que prueben el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social.

²³⁵ Como ya hemos señalado anteriormente, la exigencia de visado para trabajar en España, de la que se exige a los residentes legales, unida a la, hasta ahora, inexigencia de visado de estancia para entrar en España, es una de las causas que ha motivado el incremento de trabajadores ilegales en España, pues tras un fácil acceso al territorio español e iniciada su actividad económica, que muchas veces ha sido favorecida por los Ayuntamientos y por la descoordinación de determinadas dependencias del Ministerio de Economía y Hacienda, que otorgaban a los extranjeros permisos y licencias fiscales para el ejercicio de una actividad comercial (venta ambulante y otras), devengando los correspondientes tributos, sin que reunieran los requisitos para su residencia legal en España, se encontraban que al ir a regularizar su situación se les exigía un visado para trabajar en España o solicitar la exención de visado.

²³⁶ Art. 52.2 del R.D 1119/1986.

encuentre fuera de España la solicitud, con su correspondiente documentación deberá presentarse ante la Embajada u Oficina Consular de su demarcación²³⁷.

En ambos casos, cuando el extranjero pretenda desarrollar una actividad por cuenta propia dentro del ámbito de una profesión liberal, deberá acreditar "debidamente estar en posesión del título español correspondiente o haber obtenido del Ministerio de Educación y Ciencia la homologación, reconocimiento o convalidación de su título extranjero"²³⁸. Además, la normativa vigente prevé que la concesión del permiso de trabajo se condicionará a la colegiación profesional si las leyes así lo exigiesen²³⁹.

²³⁷ Art. 45.2 del R.D. 1119/1986.

²³⁸ Art. 50.4 del R.D. 1119/1986 modificado por Real Decreto 116/1988, de 5 de febrero, la anterior redacción establecía: "... el solicitante acreditará debidamente haber obtenido la convalidación del título correspondiente y la preceptiva concesión específica del Ministerio de Educación y Ciencia, a efectos de que el mencionado título habilite a su titular para el ejercicio profesional en España".

²³⁹ Art. 17.2 de la Ley Orgánica 7 /1985, sin embargo el art. 50.4 párrafo 2º del R.D. 1119/1986 señala que la colegiación se exigirá al extranjero autorizado al ejercicio de profesiones liberales, cuando se solicite la renovación del permiso -no cuando solicite el permiso, que es lo que señala la Ley- y además es lo más lógico, porque no parece lógico conceder un permisos de trabajo a un extranjero no colegiado, ya que en España la colegiación es obligatoria para el ejercicio de determinadas profesiones y, por lo tanto no podrá ejercer la profesión legalmente a pesar de tener permiso de trabajo. En el ejercicio de actividades económico empresariales la pertenencia a las Cámaras Profesionales incorpora el criterio contradictorio de no ser necesario la pertenencia a las Cámaras Agrarias, conforme a la Ley de 1986, que corrige el criterio de pertenencia obligatoria, del mismo modo que se exonera de la pertenencia a las Cámaras de la Propiedad Urbana por la asistemática previsión de la Ley de Presupuestos de 1990, criterio que contradice la exigencia de obligatoria pertenencia a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, conforme a la Ley de Bases de 1911 y a los Reales Decretos 1291/1974, de 2 de mayo y 753/1978 de 27 de marzo.

La exigencia de la necesaria titulación para el ejercicio de actividades profesionales ha sido afectada por la reforma de las enseñanzas universitaria y por la Adhesión de España a las Comunidades Europeas²⁴⁰. Este cambio se ha producido en una doble vertiente, en primer lugar ha sido corregido el trato discriminatorio para los extranjeros titulados por Escuelas o Universidades españolas -excepción hecha de los andorranos²⁴¹- a los que se expedía sus títulos con efectos meramente académicos y no profesionales en virtud de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 5 del Real Decreto 1119/1986. El Real Decreto 116/1988, de 5 de febrero, modifica el referido precepto y establece una clara distinción entre los extranjeros titulados en España o fuera de ella, determinando que los primeros habrán de justificar únicamente estar en posesión del título expedido por las autoridades españolas, desapareciendo con ello la diferencia entre validez académica y validez profesional de los títulos. En segundo lugar, las nuevas disposiciones vigentes establecen un nuevo sistema de convalidación y homologación de

²⁴⁰ Los efectos en la homologación y convalidación de títulos así como el ejercicio profesional por parte de titulados ciudadanos de Estados Miembros de la Comunidad Económica Europea será objeto de análisis en el capítulo correspondiente. Un análisis sistemático de la normativa de reforma universitaria, en el estudio de J.M SOUVIRON MORENILLA: La Universidad Española. Claves de su definición y régimen jurídico institucional, cit., Capítulo X, Régimen de los estudios y de los títulos universitarios, pp. 251-320.

²⁴¹ La disposición Adicional segunda de la Ley Orgánica 7 /1985 sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España dispone que "los ciudadanos andorranos tendrán los mismos derechos y obligaciones que los españoles en orden al ejercicio de su profesión u oficio en España siempre que las titulaciones académicas necesarias para dicho ejercicio hubiesen sido expedidas como consecuencia de estudios realizados en centros del sistema educativo español"

los títulos extranjeros de educación superior²⁴² y de educación no universitaria²⁴³. La concesión o denegación de la homologación se adoptará teniendo en cuenta lo establecido en Tratados y Convenios Internacionales, multilaterales o bilaterales, en los que España sea parte y, en ausencia de éstos, en las tablas de homologación de planes de estudio y títulos aprobados por el Ministerio de Educación y Ciencia²⁴⁴. En ausencia de ambas la homologación se concederá o denegará atendiendo al currículum académico y científico del solicitante, al prestigio de la Universidad que lo otorgó así como al tratamiento recibido por los títulos españoles en el país donde se realizaron los estudios²⁴⁵, estableciendo además, que la realización de pruebas de conjunto para la concesión de la homologación del título sólo podrán ser exigidas cuando los estudios realizados no guarden equivalencia con los existentes en España²⁴⁶, con ello se introduce la posibilidad, inexistente hasta el momento, de que unos estudios que fueran diferentes a los españoles se puedan convalidar. Sin embargo, esta homologación o convalidación de títulos extranjeros, no existentes en España, tanto de educación superior como de educación no universitaria, lo es solamente a efectos académicos y carece de validez

²⁴² Real Decreto 86/1987, de 16 de enero (BOE 23 de enero) y la Orden Ministerial de 9 de febrero de 1987 (BOE 13 de febrero), que desarrolla el Real Decreto anterior y establece las normas a seguir y la documentación a presentar para solicitar la homologación de estudios superiores.

²⁴³ Real Decreto 104/1988, de 29 de enero (BOE 17 de enero).

²⁴⁴ Art. 6 del R.D.86/1987.

²⁴⁵ Art. 7 del R.D.86/1987.

²⁴⁶ Art. 2 del R.D. 86/1987.

profesional, necesitando el extranjero una autorización específica para ejercer su profesión en el territorio español, cuya concesión esta subordinada al principio de reciprocidad convencional o, en su ausencia, al trato que en su país de origen reciban los titulados españoles.

2. Incidencia de los Convenios Internacionales que reconocen validez académica y profesional a títulos académicos extranjeros.-

España ha sido un país que tradicionalmente ha realizado pocos Convenios que recojan la cláusula por la cual se reconoce no sólo la validez académica de los títulos sino también su validez profesional y, los que existen se limitan al ámbito de los países Iberoamericanos. Cláusula que nuestro Ordenamiento ha previsto proteger mediante fórmulas para impedir que este derecho a ejercer su profesión en España le sea impedido²⁴⁷, así el artículo 1º de la Orden Ministerial de 18 de mayo de 1978 dispone que "los súbditos de los países que tengan suscrito con España un convenio Cultural, en el que se aplique el principio de reciprocidad a la validez profesional de los títulos académicos, podrán solicitar de la Subsecretaría del Ministerio que se inserte en sus títulos académicos una diligencia que acredite aquella validez invocando las razones legales que le asisten"²⁴⁸.

²⁴⁷ Vid. A. ALVAREZ RODRIGUEZ: "La validez profesional de los títulos académicos obtenidos por extranjeros en España", en «LA LEY», 1 de julio de 1988, p.3.

²⁴⁸ Art.1 de la Orden Ministerial de 18 de mayo de 1978 (BOE 7 de diciembre de 1978). Esta Orden Ministerial añade que "la Subsecretaría consultará de oficio a la Secretaría General Técnica en cada caso si procede aplicar el reconocimiento de la validez profesional. En caso afirmativo se comunicará al Centro docente de procedencia y se insertará en el ángulo inferior izquierdo del anverso del título la diligencia siguiente: «Este Título tiene validez para el ejercicio profesional en España, en virtud del Convenio Cultural existente entre España y el

Cláusula de homologación de título y validez profesional recogidas en Convenios y Tratados en función de la cual titulados en odontología iberoamericanos han solicitado su admisión - necesaria para el ejercicio de la profesión en España - en los Colegios de Odontólogos españoles, colegiación que en muchos casos, les ha sido denegada, en base a que sus estudios no corresponden a los que se precisan en España para ejercer la profesión, haciendo caso omiso de Convenios y Tratados, denegación de colegiación que en los últimos años ha dado lugar a situaciones conflictivas²⁴⁹.

El origen del conflicto estriba en la negativa por parte de algunos Colegios Profesionales a colegiar a odontólogos extranjeros, que previamente han convalidado su título en España, siendo la causa remota los intereses corporativos de los Colegios Profesionales españoles en un intento de evitar la competencia en una de las pocas profesiones que restan totalmente liberales en España, lo que conllevaba en la mayoría de los casos unos abundantes ingresos, y que no excluye la alegación re-
 País del interesado(o en virtud de las normas de doble nacionalidad) ».

²⁴⁹ Problemas que no sólo afectan a extranjeros, sino también a licenciados en Medicina y Cirugía españoles que han cursado sus estudios de odontología en otros Estados, considerado el reducido número de plazas existentes en la Universidad Española para cursar Odontología, situación que afecta especialmente a titulados en la República Dominicana. El 18 de noviembre de 1988 se firmó un nuevo Convenio Cultural entre la República Dominicana y España, en cuyo artículo 4, se establece el compromiso de ambas partes para establecer un nuevo sistema de equivalencias académicas en los títulos de secundaria y universitarios. Este Convenio, que carece de carácter retroactivo, sustituye al formalizado en 1953 (mediante el cual los títulos obtenidos en cualquiera de los dos países habilitaban para el ejercicio profesional en el otro) y afectará sobre todo a los odontólogos que cursen estudios en Santo Domingo y quieran establecerse en España, con lo que se desactiva el problema suscitado. Datos aportados por el diario "El País" de 24 de noviembre de 1988. "Suplemento Educación".

lativa a la necesidad tutelada por los Colegios Profesionales de mantener el adecuado nivel profesional en España²⁵⁰. El Tribunal Supremo en reiterada Doctrina Jurisprudencial²⁵¹ ha señalado que la convalidación de

²⁵⁰ Concurre la circunstancia de que muchos de estos odontólogos que teóricamente, según los Colegios, no disponen de los conocimientos suficientes para ejercer la profesión, prestan servicios en consultas de odontólogos españoles. Es preciso señalar también, que cuando se firmaron y ratificaron los Convenios por los Estados parte se debió de proceder a un examen comparativo de los respectivos sistemas educativos, con el fin de establecer la deseable convalidación académica y profesional de los títulos y diplomas a homologar por reciprocidad convencional. De ahí que los Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España, al margen de opciones de carácter corporativo, que podrían eludirse con una revisión de la Ley de Colegios Profesionales, expresasen su preocupación manteniendo una postura de recelo hacia las convalidaciones practicadas y las posteriores solicitudes de colegiación de esos titulados. Vid. P.P. MIRALLES SANGRO: "Homologación de títulos latinoamericanos de Odontólogos: contexto normativo y jurisprudencia del Tribunal Supremo" en «REDA». 1989, nº 61, pp. 91.

²⁵¹ STS de 9 de febrero de 1980, Ponente: Sr. MARTIN del BURGO MERCHAN (RAJ, 989); STS. de 1982: de 30 de junio, Ponente: Sr. RODRIGUEZ HERMIDA (RAJ, 3670); 27 de octubre, Ponente: Sr. RODRIGUEZ HERMIDA (RAJ, 5812) ambas Sentencias anotadas por I MILANS del BOSCH PORTOLES en «REDI», 1983, vol. XXXV, pp. 486-487; STS. de 1983: 21 de enero, Ponente: Sr. RUIZ SANCHEZ (RAJ, 5555); 27 de mayo, Ponente: Sr. RUIZ SANCHEZ (RAJ, 5559); 31 de octubre, Ponente: Sr. ROLDAN MARTINEZ (RAJ, 5295); 4 de noviembre, Ponente: Sr. FERNANDEZ SANTAMARIA (RAJ, 5435); 1 de diciembre, Ponente: Sr. RUIZ SANCHEZ (RAJ, 6126), decisiones anotadas por A. ALVAREZ RODRIGUEZ en «REDI», 1986, vol. XXXVI, pp. 620-628; STS de 1984: 20 de junio, Ponente: Sr. GARRALDA VALCARCEL (RAJ, 3415); STS. de 1985: 16 de enero, Ponente: Sr. ESPIN CANOVAS (RAJ, 412); 26 de junio, Ponente: RUIZ SANCHEZ (RAJ, 3885), decisiones anotadas por A. ALVAREZ RODRIGUEZ en «REDI», 1986, pp. 208-213; STS. de 1986: 12 de abril, Ponente: Sr. PEREZ FERNANDEZ (RAJ, 1744); 16 de mayo, Ponente: Sr. RUIZ SANCHEZ (RAJ, 2377) 20 de mayo, Ponente: Sr. MARTIN HERRERO (RAJ, 2387); 28 de mayo, Ponente: Sr. MARTIN HERRERO (RAJ, 2770), decisiones anotadas por J.J. OLIVARES D'ANGELO en «REDI», 1987, pp. 176-179; 26 de diciembre, Ponente: Sr. PEREZ FERNANDEZ (RAJ, 7705); STS DE 1987: 2 de febrero, Ponente: Sr. MENDIZABAL ALLENDE (RAJ, 492); 23 de febrero, Ponente: Sr. FALCON GARCIA (RAJ, 612); 21 de abril, Ponente: Sr. HERNANDO SANTIAGO (RAJ, 2998); 26 de

estudios de Odontología realizados en base a Acuerdos Internacionales ratificados por España²⁵² son válidos, puesto que no han sido denunciados por ninguna de las Partes Contratantes, a pesar de que estos titulados extranjeros no sean licenciados en Medicina y Cirugía y no hayan cursado estudios posteriormente en la Escuela de Odontología, como se exige en España a partir de 1948 (Orden Ministerial de 25 de febrero de 1948), ya que por esta razón los odontólogos españoles que obtuvieron su título antes de la entrada en vigor de dicha Orden Ministerial tampoco podrían ejercer su profesión en España, estimando el Tribunal Supremo que tal

mayo, Ponente: Sr. MADRIGAL GARCIA (RAJ., 4495); 13 de junio, Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ (RAJ., 4197); 23 de octubre, Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ (RAJ., 6911); STS.DE 1988: 21 de abril, Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ (RAJ, 3396); 29 de septiembre, Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ (RAJ,6949); STS de1989: 14 de enero Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ (RAJ, 170); 14 de enero, Ponente: Sr. GONZALEZ MALLO (RAJ,172); 20 de enero, Ponente: Sr.CARRETERO PEREZ (RAJ 218); 27 de enero, Ponente: Sr. MARTINEZ SANJUAN (RAJ, 470); 28 de enero, Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ, (RAJ., 368); 3 de febrero, Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ (RAJ., 778); otra de 3 de febrero, Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ (RAJ, 779); otra de 3 de febrero, Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ (RAJ, 780); 10 de febrero, Ponente: Sr. CANCER LALANNE (RAJ, 1000); 13 de febrero, Ponente: Sr. GARCIA ESTARTUS, (RAJ, 1111); 14 de febrero, Ponente: Sr.MARTINEZ SANJUAN (RAJ, 1261); 16 de febrero, Ponente: Sr. GARAYO SANCHEZ (RAJ, 1066); 17 de febrero, Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ (RAJ, 1071); 20 de febrero, Ponente: Sr. FUENTES LOJO (RAJ, 1073); 28 de febrero, Ponente : Sr. GARAYO SANCHEZ (RAJ., 1161); 3 de marzo, Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ (RAJ., 1766) otra de 3 de marzo, Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ (RAJ, 1667); 6 de marzo, Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ (RAJ, 1943); 21 de marzo, Ponente: Sr. FUENTES LOJO (RAJ, 2114); otra de 21 de marzo, Ponente: Sr. FUENTES LOJO (RAJ, 2116) y STS de 8 de octubre de 1991, Ponente: Sr. MARTINEZ SANJUAN, (RAJ, 8043).

²⁵² Convenio Cultural Hispano - Argentino de 23 de marzo de 1971, ratificado por Instrumento el 17 de noviembre de 1972, Convenio Cultural entre la República Dominicana y España suscrito el 25 de enero de 1953 y ratificado el 19 de noviembre de 1954 y Convenio Cultural entre Colombia y España de 11 de abril de 1953, ratificado el 14 de octubre de 1964, entre otros.

convalidación obliga a los Colegios Profesionales a admitir la incorporación de odontólogos hispanoamericanos que obtuvieron su correspondiente convalidación en virtud de los Convenios Internacionales suscritos por España.

Respecto a si tales convalidaciones contradicen el Derecho Comunitario²⁵³, el Tribunal Supremo ha considerado que "la homologación del título de de odontólogo, tal como se otorga en el Estado de origen, habilita para ejercer la profesión en España; que ello no supone una vulneración del Derecho Comunitario Europeo porque el principio de aplicación del Derecho Comunitario impondrá la igualdad de situación de los habilitados en el supuesto que le sean aplicables las normas referidas y no las del Convenio de Viena de 1980; que la diferencia de solución dada a otros colectivos titulados obedece a diferentes planteamientos, que no presentan las restricciones profesionales existentes en el caso de los odontó-

²⁵³ Según alega El Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos, que señala que, a partir de 1993, habrá dos tipos de odontólogo, aquellos que hayan cursado estudios conforme a la normativa comunitaria y aquellos otros que habiendo homologado sus estudios extranjeros no cumplan con estos requisitos y no puedan salir a otros países, refiriéndose a los odontólogos españoles que hayan cursado sus estudios de odontología en países no comunitarios, ya que los odontólogos extranjeros no comunitarios que ejerzan en España, no pueden beneficiarse del Derecho de Establecimiento y de la Libre Prestación de Servicios en el seno de la Comunidad, aunque es preciso tener en cuenta que para la mayoría de estos extranjeros no comunitarios (generalmente hispanoamericanos) resultará fácil nacionalizarse español, si no se han nacionalizado ya. Por otra parte, hay que señalar que, dado el déficit de odontólogos que hay en España, resulta difícil de creer que pretendan marcharse al extranjero donde la profesión resulta mucho menos rentable, al esta sujeta a tarifas de la Seguridad Social. Como dato curioso hay que señalar que los odontólogos españoles han minusvalorado desde el punto de vista profesional a los dentistas franceses y portugueses, por considerar su formación deficiente, formación que es la que reciben en la actualidad los futuros titulados en Odontología por la Universidad española y cuya primera promoción ha finalizado estudios en 1991, desde que se inicio la nueva Licenciatura de acuerdo con la normativa Comunitaria.

logos citados"²⁵⁴. Esta doctrina ha sido ratificada en Sentencia de 29 de septiembre de 1988²⁵⁵, que a mayor abundamiento, señala: "Sin embargo la situación de los odontólogos extranjeros con títulos homologados en España es independiente de su posible actuación en el territorio comunitario, pues el Derecho Comunitario no es aplicable a los subditos de terceros países según el Convenio de Viena de 13 de julio de 1980".

Es preciso destacar, que es en virtud de dichos Convenios bilaterales, por lo que el Tribunal Supremo considera válidas dichas convalidaciones y la consiguiente incorporación a un Colegio Profesional, ya que ante un recurso presentado por un titulado extranjero de origen boliviano, pero nacionalizado alemán, y en contra de la decisión de no admisión por parte del Colegio Profesional de la III Región, el Tribunal Supremo consideró, en Sentencia de 16 de mayo de 1986²⁵⁶, que, efectivamente, no ha lugar a la convalidación, y por consiguiente, a la colegiación de dicho extranjero.

A pesar de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, el Consejo General de Colegios de Odontólogos y Estomatólogos ha intentado eludir la colegiación de estos titulados extranjeros y para ello pretendió implantar, por Acuerdo del Consejo del Colegio, de 24 de septiembre de 1983, una serie de pruebas de aptitud a superar por los licenciados en países extranjeros afectados por Convenios, pretensión que el Tribunal

²⁵⁴ Fto. Jco 2º de la STS de 13 de junio de 1987, (RAJ, 4197), cit.. En este mismo sentido STS de 14 de enero de 1989, (RAJ, 172); 20 de enero de 1989, (RAJ, 218); 28 de enero 1989 (RAJ, 368); tres de 3 de febrero 1989 (RAJ, 778, 779 y 780); 16 de febrero 1989 (RAJ, 1066); 6 de marzo 1989 (RAJ 1943), 21 de marzo de 1989 (RAJ, 1944), cit.

²⁵⁵ Fto. Jco. 2º de la STS de 29 de septiembre de 1988 (RAJ, 6949), cit.,

²⁵⁶ STS de 16 de mayo de 1986 (RAJ, 2377), cit.

Supremo enjuició, en Sentencia de 16 de enero de 1985, y que le condujo a estimar que tales pruebas de aptitud "violan el principio de igualdad conforme a los artículos 13 y 14 de la Constitución de 1978 al no exigirse esta prueba de aptitud a los odontólogos españoles". Al tiempo, el Tribunal Supremo estimó que el Consejo General de Odontólogos y Estomatólogos carece de competencia para ordenar la práctica de una prueba para los extranjeros en virtud de Acuerdo Colegial, por carecer el Colegio de estas atribuciones"²⁵⁷

En contraste con el preciso tenor de las Sentencias del Tribunal Supremo, destaca la renuencia de los Colegios Profesionales y, en concreto, el Colegio de Odontólogos de Valencia que se ha negado, de modo reiterado a colegiar a estos titulados extranjeros, siendo esta negativa recurrida por un odontólogo boliviano ante la Audiencia Territorial de Valencia, que reconoció derecho a colegiación, lo que no fue óbice para que con la Sentencia a favor, la nueva solicitud de colegiación fuera denegada por el Presidente del Colegio de Valencia, lo cual llevó al titulado damnificado a interponer un recurso ante el Juzgado de Instrucción nº 11 de Valencia, que dictó Sentencia condenando al Presidente del Colegio a un arresto de 45 días por negarse a cumplir la Sentencia²⁵⁸, decisión jurisdiccional que contribuye a apreciar la virtualidad de los mecanismos legales para neutralizar la dinámica de los organismos administrativos o de las corporaciones profesionales representativas a la ejecución de las Sentencias judiciales.

Las actitudes de resistencia adoptadas por los Colegios de Odontólogos no han tenido inconveniente en utilizar la técnica del de Recurso de

²⁵⁷Fto. Jco 2º de la STS de 16 de enero de 1985 (RAJ, 412), cit.

²⁵⁸ Datos aportados por la prensa diaria nacional de 19 de noviembre de 1987

Amparo, en esta línea son de registrar diversos recursos formalizados por los Colegios que tienen el desenlace de los presentados en 1987²⁵⁹ por el Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de la Primera Región²⁶⁰ alegando que en las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1986, 26 de abril de 1986 y 2 de febrero de 1987, se había vulnerado el principio de Tutela efectiva de Jueces y Tribunales, y pretendiendo que el Alto Tribunal se pronunciase sobre el Principio de Igualdad. Ante estas alegaciones el Tribunal Constitucional mediante Autos nº 681/1987 de 3 de junio²⁶¹ y 833/1987 de 1 de julio²⁶², rechazó la tramitación de los mismo, señalando que de dichas Sentencias del Tribunal Supremo no se podía deducir indefensión y que por lo tanto no se había vulnerado el Principio de Tutela efectiva de Jueces y Tribunales, procediendo a la inusual condena al pago de costas y a las aún más inusuales multas (50.000 pts. en un caso y 100.000 pts. en el otro) por considerar que el Colegio Profesional recurrente había actuado con manifiesta temeridad.

Los Autos denegatorios referidos se complementan con la Doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, que viene a clarificar el enrarecido panorama de los profesionales de la odontología y, que, en Sentencia de 24 de noviembre de 1988²⁶³, desestima el Recurso de

²⁵⁹ En los años 1985 y 1986 también fueron interpuestos Recursos de Amparo por parte de los Colegios Profesionales de Odontólogos que fueron rechazados por el Tribunal Constitucional mediante Autos 420/1985, de 26 de junio. (Jurisprudencia Constitucional 1985, Tomo XII, pp. 1164-1168) y 53/1986, de 22 de enero (Jurisprudencia Constitucional 1986, Tomo XIV, p.656).

²⁶⁰ Recursos de Amparo nº 92/1987 y nº 402/1987

²⁶¹ Jurisprudencia Constitucional 1987, Tomo XVII, pp. 1210-1213.

²⁶² Jurisprudencia Constitucional 1987, Tomo XVII, pp. 1462-1467.

Amparo presentado por el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Valencia²⁶⁴ contra Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que confirmaba la dictada por la Audiencia Territorial de Valencia en un recurso contencioso-administrativo, que reconoció la convalidación y habilitación profesional de un ciudadano argentino, alegando violación de los artículos 24 y 14 de la Constitución, que producía discriminación contra los españoles.

El Tribunal Constitucional declara que la efectiva tutela judicial no fue violada, y que por lo tanto, no se puede alegar indefensión porque el Tribunal no admitiese la prueba con la que el Colegio pretendía demostrar que el título obtenido en Argentina precisa un nivel menor de estudios, ya que dicha prueba carecía de relevancia para la fundamentación del fallo, "al no haber supuesto obstáculo para la convalidación de aquel título extranjero en nuestro país".

En cuanto al principio de igualdad, el Tribunal Constitucional niega que el hecho de reconocerse a un odontólogo argentino su derecho a colegiarse en España y ejercer en nuestro país su profesión, constituya la vulneración de tal principio, a estos efectos resuelve: " Es preciso declarar una vez más que la colegiación en España de los odontólogos licenciados en Argentina cuyos títulos han sido convalidados en nuestro país por el Ministerio de Educación y Ciencia, en aplicación del Convenio de Cooperación Cultural, no infringe el derecho constitucional a la igualdad ante la ley de quienes, en España, han debido cursar los estudios generales de Medicina más la especialidad de Estomatología para ejercer en

²⁶³ STC 221/1988, de 24 de noviembre, Magistrado Ponente: Sra. BEGUE CANTON. (Suplemento al BOE nº 306, de 22 de diciembre).

²⁶⁴ Recurso de Amparo 761/1985.

nuestro territorio, entre otros, la misma actividad profesional".

Respecto de las alegaciones realizadas por el Colegio de Odontólogos y Estomatólogos, con referencia al hecho de que en España, desde 1948, no pueda estudiarse y, por lo tanto no ser admisible permitir que unos ciudadanos no españoles la ejerzan, el Tribunal Constitucional estima: " El que la ausencia en el sistema educativo español de una carrera o licenciatura de Odontología repercuta desfavorablemente en quienes pretendan obtener en nuestro país el título que les autorice a ejercer dicha profesión, por comparación con los titulados de otros países cuyos títulos son convalidados en España, resulta una cuestión ajena al principio constitucional de igualdad desde el momento en que el Estado español admite la validez en España de los correspondientes títulos extranjeros de Odontología. Por otra parte dicho título no equivale al de Estomatología ni autoriza a quienes lo ostenten a ejercer funciones propias de los Estomatólogos, por encima de la pura Odontología". El Tribunal concluye señalando que el hecho de que se haya vuelto a crear en España una licenciatura en Odontología "no demuestra sino que el propio Estado ha resuelto poner fin a aquella situación fáctica desfavorable".

En lo que se refiere a la necesidad o no de obtener permiso de trabajo por parte de estos odontólogos extranjeros en posesión de un título convalidado, el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de abril de 1988²⁶⁵, parte de la base de que el tema de fondo: la colegiación de los odontólogos argentinos es tema ya resuelto por Jurisprudencia anterior, y establece una clara delimitación sobre las competencias del Colegio de Odontólogos y Estomatólogos (que por extensión se puede aplicar a otros Co-

²⁶⁵ Sentencia de 21 de abril de 1988, (RAJ, 3396), cit. En este mismo sentido se ratifica el Tribunal Supremo en Sentencias de 13 de febrero 1989 (RAJ, 1111); 17 de febrero de 1989 (RAJ, 1071); 20 de febrero de 1989 (RAJ, 1073); 3 de marzo de 1989 (RAJ, 1767) y 21 de marzo de 1989 (RAJ, 2114), cit.

legios Profesionales) al señalar que, cuando la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, establece en su artículo 17.2, que la concesión del permisos de trabajo para el extranjero que se proponga ejercer una profesión titulada está condicionada a la previa homologación del título y a la colegiación, "se trata de dos requisitos previos a la obtención del permiso de trabajo y no a la inversa", requisito de colegiación que la propia "Administración hace constar al homologar el título del recurrente en aplicación del Convenio Hispano Argentino". Señalando la Sentencia a continuación que "cuando se le admitió por el Colegio la documentación al recurrente, la nota o advertencia puesta en la diligencia de presentación de documentos de que debía de obtener el permiso de residencia y de trabajo, era inoperante, tanto porque tal indicación ya se la había efectuado la Administración al homologarle el título, como porque con ella se interfería en cuestiones del ejercicio de la profesión y no de la colegiación, *para la que carecía de competencia*"²⁶⁶.

Fundamento de Derecho, que establece claramente la competencia del Colegio Profesional, que se limita a la colegiación previa que, en este caso, es de obligatoria ejecución por el Colegio, ya que el extranjero en cuestión cumplía los requisitos para ello: homologación del título y habilitación profesional, en virtud del Convenio Hispano Argentino de 23 de marzo de 1971, no correspondiendo, por lo tanto, al Colegio pronunciarse sobre la obtención del permiso de trabajo, materia en referencia a la cual no tiene ninguna atribución, pues la competencia para la concesión del permiso de trabajo corresponde a la Autoridad Laboral, que está obligada a exigir, conforme a la normativa vigente, la previa

²⁶⁶ El subrayado es nuestro. Fto. Jco. 1º de la Sentencia de 21 de abril de 1988, cit.

colegiación para la concesión del permiso de trabajo.

La hostigante, más que defensiva posición del Colegio de Odontólogos de Valencia se ha puesto también de manifiesto en la ejecución de las Sentencias, que reconocían del derecho a la colegiación de odontólogos sin condicionarla a la obtención del permiso de trabajo, y que ha sido ejecutada por el referido Colegio, mediante la fórmula de colegiación «sin ejercicio», motivando su decisión en que no constaba que estuvieran en posesión del permiso de trabajo para el legal ejercicio de la odontología. Ejecuciones de Sentencias, que al ser consideradas por los Tribunales Ordinarios como bien ejecutadas, han motivado la presentación de Recurso de Amparo, que fundamenta su solicitud en "la infracción del artículo 24.1 de la Constitución, por los Autos impugnados, en el derecho a que el fallo judicial se cumpla, pues de lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que en ella comportan, en meras declaraciones de interés"²⁶⁷.

²⁶⁷ Recurso de Amparo 1.695/1988, la fiel ejecución de las Sentencias fue solicitada por D. Daniel Angel Migliardi y D. Miguel Angel Giuliani a la Audiencia Territorial de Valencia, que consideró en Auto de de 15 de julio y 27 de septiembre 1988, que se estimaba bien ejecutada la Sentencia, razonando, en el Auto de 15 de julio, en su fundamento de Derecho 1º, que «congruentemente con lo solicitado en la demanda y con la naturaleza especial del proceso en que fue dictada, se limitó a decretar la nulidad del acuerdo colegial..., admitiendo el derecho que a los mismos asiste a obtener la colegiación, sin entrar, porque la naturaleza especial del proceso en el que fue dictada lo impedía, en problemas de legalidad ordinaria impropios de dicho proceso especial, cuales son los relativos a los permisos de residencia y trabajo de los actores, subditos extranjeros, regulados en la Ley 7/1985, de 1 de julio y legislación concordante, así como la prelación de dichas autorizaciones respecto a la colegiación profesional, que deben en todo caso, ser obtenidas y justificadas por los interesados; y en el Auto de 27 de septiembre "que la petición del actor se excede notoriamente del contenido propio del fallo de la Sentencia dictada, en el que se ordenaba la colegiación del recurrente en el Ilustre Colegio de Odontólogos de la Tercera Región. Por ello, su colegiación sin ejercicio cumple con el fallo de la Sentencia, por cuanto el extranjero que ejerce una profesión sin tener el correspondiente permiso de trabajo y autorización de residencia incurre en infracción a la

El Tribunal Constitucional en su Sentencia de 3 de junio de 1991²⁶⁸, denegó la petición de amparo, al estimar que "facilmente se aprecia que ningún menoscabo o vulneración de derecho han sufrido los recurrentes", dado que en las Sentencia por cuya ejecución se demanda se reconoció el derecho de los actores a obtener la colegiación; si bien en momento alguno se declaró que la colegiación bastara para el ejercicio profesional de la odontología, sino exclusivamente que el permiso de trabajo no podía exigirse como condición previa para otorgar la colegiación solicitada, "la cual, en efecto, así ha sido dispuesta por el Colegio Oficial en cumplimiento de aquellas aunque, al no acreditarse la disponibilidad del correspondiente permiso de trabajo con arreglo a la normativa aplicable en materia de extranjería, tal colegiación se ha llevado a cabo, por el momento, «sin ejercicio» hasta que se cumplimente dicho requisito".

Requisito -la concesión del permiso de trabajo- para cuya obtención no parece haber sido óbice la colegiación «sin ejercicio». Circunstancia que lleva al Tribunal a considerar, que la colegiación «sin ejercicio» no incumple la previa declaración por las Sentencias del derecho de los recurrentes a obtener la colegiación, que previamente les había sido denegada por el Colegio Oficial, "aunque otra cosa sería que por la autoridad administrativa competente les hubiera sido denegado el permiso de trabajo sólo por no haber acreditado la colegiación con ejercicio", en cuyo caso "es evidente que bien distinto habría de ser el juicio que tal actuación conexas merecería desde la consideración del Ley de Extranjería de 1 de julio de 1985 y el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, ya que de acceder a los solicitado iría má alla de lo acordado en la Sentencia, atribuyéndose facultades que corresponden a otras instancias"

²⁶⁸ STC 120/1991, de 3 de junio, Magistrado Ponente: Sr. RODRIGUEZ BEREJO. (Suplemento BOE, nº 162, de 8 de julio de 1991).

efectivo cumplimiento de las Sentencias"²⁶⁹.

La no constancia de que tal hecho haya sucedido lleva al Tribunal a considerar, que "en definitiva, lo que pretenden los actores por vía de incidente de ejecución de Sentencia, y ahora mediante el amparo ante este Tribunal, es obtener directamente el reconocimiento de que su derecho a la colegiación lo es para el ejercicio de la profesión a su libre decisión y voluntad, al margen de los requisitos que la legislación establece par el ejercicio profesional de los extranjeros en España. Y ello excede claramente de lo acordado en este caso por el órgano judicial y de lo que puede ser concedido por este Tribunal al amparo del derecho constitucional a que se respeten y ejecuten las Sentencias firmes en sus propios términos"

Interpretación del Tribunal Constitucional, que parece basar su argumentación en la circunstancia de que la Administración competente para la concesión del permiso de trabajo no haya denegado dicho permiso "sólo por no haber acreditado la colegiación con ejercicio", y que olvida, que difícilmente podían los recurrentes presentar el permiso de trabajo en el momento de la colegiación, cuando la normativa vigente exige la previa colegiación para la concesión del permiso, además de no tener en cuenta, que el control del cumplimiento del requisito de permiso de trabajo corresponde, exclusivamente, a la Administración, que puede, incluso, llegar a la expulsión del territorio español del extranjero que trabaje sin permiso de trabajo, y que, al mismo tiempo, parece olvidar, como es puesto de manifiesto por el Voto Particular discrepante²⁷⁰, que considera que debió serles otorgado el amparo, que el tenor de las Sentencias ejecutadas reconocían el derecho a ser colegiados "sin

²⁶⁹ Fto. Jco. 3º de la STC 120/1991, cit.

²⁷⁰ Voto Particular del Magistrado Sr. DIAZ EIMIL, a la STC 120/1991, cit.

condicionamiento alguno”.

El Magistrado disidente estima que a pesar de “los claros e indubitados términos” de las Sentencias, que señalaban el derecho de los recurrentes a la colegiación sin que se les pudiera exigir la obtención del permiso de trabajo previo, el Colegio Oficial de Valencia, en vez de “cumplir de manera cabal y sin reticencias” y “proceder a la colegiación plena con derecho directo al ejercicio profesional, decide colegiar a los interesados como «no ejercientes», condicionando nuevamente la real efectividad del derecho de colegiación a la posesión del permiso de trabajo, aunque esta vez no lo sea con referencia a la concesión, sino a sus efectos, que es una forma mas mitigada de condicionamiento, pero sigue siendolo en clara oposición a lo decidido por el Tribunal”.

Por lo que estima, que “mediante esa apariencia meramente formal de cumplimiento de la Sentencia, se defrauda el derecho que a los recurrentes les reconoció la Sentencia, vaciándola totalmente de contenido efectivo y convirtiéndola en simple declaración retórica que los deja en la misma situación que tenían antes del reconocimiento judicial de su derecho y, en consecuencia, vulnerando el derecho que la Constitución les reconoce a que la Sentencia se cumpla en sus propios términos”.

Al juicio del Magistrado que suscribe el voto Particular, es inaceptable la conclusión contraria a la que llegó la Sentencia objeto del voto discrepante, que “se apoya fundamentalmente en el argumento de que la Sentencia a ejecutar únicamente declara que no puede exigirse el permiso de trabajo como condición previa para obtener la colegiación” y que tal declaración se cumple con la colegiación «sin ejercicio», dado “que en el mismo no se reconoce el derecho que pretenden los recurrentes, es decir, que la colegiación les permita por sí sola, ejercer

la profesión al margen de los requisitos que la legislación establece para el ejercicio profesional de los extranjeros en España”.

Argumento que no es aceptable, porque “es inexacto que los recurrentes tengan tal pretensión, sino tan sólo que se cumpla la Sentencia de manera efectiva, mediante su plena colegiación sin condicionamiento alguno al permiso de trabajo y sin perjuicio de que también les pueda ser exigido por la autoridad administrativa que corresponda el cumplimiento de otros requisitos que las leyes establezcan, entre los que se incluye el permiso de trabajo y respecto del cual no se planteó en el proceso resuelto por la Sentencia a ejecutar, otra cuestión que la de determinar si su posesión podía, de algún modo, interferir o condicionar el derecho a ser colegiado, problema que fue resuelto en sentido negativo con íntegra estimación de lo pretendido por los actores”.

Todo lo cual le lleva a considerar, que el otorgamiento del amparo “no incurre en activismo judicial sino que supone ejercicio adecuado de la jurisdicción constitucional”. Pues si bien “es cierto que la interpretación de cual es el sentido y alcance de una Sentencia judicial al objeto de determinar los actos de ejecución que requiere su cumplimiento es cuestión que, en principio, corresponde al órgano judicial encargado de llevar a efecto la Sentencia y, por tanto, este Tribunal Constitucional no está autorizado para sustituir la decisión que sobre tal extremo haya adoptado el órgano judicial en resolución razonable y motivada en Derecho”, sin embargo, “ello no puede conducir a que el Tribunal Constitucional en todo caso, se abstenga de revisar la interpretación que los Jueces y Tribunales atribuyan al alcance y efectos de sus Sentencias, pues si así fuera se estaría suprimiendo el amparo constitucional en materia de ejecución de éstas y se dejaría inmune a la jurisdicción de este Tribunal las vulneraciones que puedan ocasionar al derecho fundamental de las partes decisiones judiciales arbitrarias, carentes de

motivación jurídica, irrazonables o injustificadas, que conduzcan a hacer inefectivas las Sentencias, sea por pasividad o inercia en la adopción de medias procedentes, sea por interpretaciones formalistas, que no van más allá de la pura y simple apariencia”.

En consecuencia con lo expuesto, el Magistrado disidente estima que “el Tribunal Constitucional debe respetar, con máximo esmero, la jurisdicción que es propia y exclusiva de los Jueces y Tribunales -art. 117.3 CE-, evitando en todo momento sustituir sus criterios de interpretación y aplicación de la leyes por otros de distinto signo, cualquiera que sea su mayor o menor corrección jurídica, pero debe también cumplir, de manera amplia y efectiva, su función, proteger los derechos fundamentales garantizados en la Constitución -arts. 42 y 48 de la LOTC- restableciendo en la integridad de los mismos a aquellos de sus titulares que, en el correspondiente recurso de amparo hayan acreditado que su derecho constitucional ha sido vulnerado -art. 55 LOTC-”²⁷¹.

3. Resolución del expediente de solicitud del permiso de trabajo por cuenta propia.

Una vez presentada por el extranjero la solicitud del permiso de trabajo por cuenta propia, la Autoridad Laboral procederá a abrir el expediente y a iniciar la tramitación del mismo, para ello enviará, como cuando se procede a la tramitación de un permiso por cuenta ajena, la parte correspondiente al permiso de residencia al Ministerio del Interior para que realice las investigaciones pertinentes.

La Autoridad Laboral, al objeto de resolver adecuadamente la

²⁷¹ Voto Particular del Magistrado Sr. DIAZ EIMIL, a la STC 120/1991, cit.

solicitud del permiso de trabajo, deberá solicitar, de modo obligatorio, informes a la Dirección Territorial de Economía y Comercio y a los servicios competentes del correspondiente Ayuntamiento, al objeto de considerar la situación del comercio, agricultura o industria del lugar donde pretende establecerse el extranjero. Con carácter facultativo y con el mismo objeto, podrá solicitar informes a la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación o a la Cámara Agraria de la provincia, así como a cualquier otra entidad que estime conveniente²⁷², informes todos ellos que deberán ser evacuados en el plazo de doce días²⁷³.

A la vista de la documentación presentada y de los informes recibidos, la autoridad laboral resolverá concediendo o denegando el permiso de trabajo, para lo que deberá apreciar que la "concesión implique la creación de nuevos puestos de trabajo para españoles o signifique la inversión o aportación de bienes susceptibles de promover el empleo nacional o de mejorar las condiciones en que se presten"²⁷⁴. Circunstancia que, unida al hecho de que la autoridad laboral cuente con los informes oficiales de los organismos competentes, determinará,

²⁷² Art. 51.2 del R.D.1119/1986.

²⁷³ Art. 51.3 del R.D.1119/1986. La obligatoriedad de recabar informes de la Dirección Territorial de Economía y de los Ayuntamientos no supone ninguna novedad respecto de la normativa anterior, que exigía como preceptivos los Informes de la Delegación Regional de Comercio y de los Ayuntamientos y cuya ausencia dió origen a que el Tribunal Supremo considerase nulas resoluciones denegatorias de permisos de trabajo por cuenta propia tomadas sin recabar estos preceptivos informes. Vid. STS de 2 de septiembre de 1982, dos Sentencias, Ponente: Sr. FERNANDEZ SANTAMARIA (RAJ, 4911) y Ponente: Sr. GARRALDA VALCARCEL (RAJ, 4914); 14 de octubre de 1982, Ponente: Sr. RODRIGUEZ HERMIDA (RAJ., 5766); STS de 18 de enero de 1983, Ponente: Sr. FERNANDEZ SANTAMARIA (RAJ, 302) y STS de 23 de febrero de 1984, Ponente: Sr. GARRALDA VALCARCEL (RAJ, 983).

²⁷⁴ Art. 18.2 de la Ley orgánica 7/1985.

como sucede con los permisos de trabajo por cuenta ajena, que la carga probatoria de que su actividad va a suponer una efectiva riqueza o la creación de puestos de trabajo corresponda al solicitante del permiso²⁷⁵, como se deduce de la Sentencia de 31 de enero de 1992²⁷⁶, que aceptando las alegaciones del Letrado del Estado, revoca la Sentencia apelada y en consecuencia acepta como ajustada a derecho la denegación del permiso del permiso de trabajo, al considerar que "habiendo informado desfavorablemente la Dirección Territorial de Economía y Hacienda de Santa Cruz de Tenerife, por la reducida inversión y nula repercusión en la generación de puestos de trabajo que la pretendida actividad por cuenta propia suponía y habiendo asimismo informado desfavorablemente la Cámara Oficial de Comercio de aquella Provincia por ser el pretendido negocio de alta incidencia sectorial, no considerándose positiva su proliferación y de baja incidencia inversora -Informes uno y otro unidos al expediente- no podemos compartir el pronunciamiento estimatorio de la Sentencia apelada que anula las resoluciones administrativas por contrarias a Derecho, si tenemos en cuenta que, precisamente, el art. 18.2 de la Ley 7/85, dispone que cuando el permiso sea para trabajar por cuenta propia, se valorará favorablemente el hecho de que su concesión implique la creación de nuevos puestos de trabajo para españoles o signifique la inversión o aportación de bienes susceptibles de promover empleo nacional o mejorar las condiciones en que se preste, circunstancias todas estas que aquellos informes dan por no concurrentes

²⁷⁵ Vid. V. ESCUIN PALOP: Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España, cit., p.87.

²⁷⁶ STS de 31 de enero de 1992, Ponente: Sr. MURILLO MARTIN DE LOS SANTOS, (RAJ, 119).

en el supuesto que contemplamos".

Presunción que no contrarresta las pruebas presentadas por la interesada: el informe del Ayuntamiento sobre su solvencia, que el Tribunal considera más bien de buena conducta, la «promesa» de emplear «en el futuro» a un trabajador en función de la marcha del negocio, ni el hecho de que tenga un hijo nacido en España, "al que la sentencia atribuye «nacionalidad española», cualidad que mal cabe atribuirse por «jus soli», conforme al art. 17 del CC, (en la redacción que le dió la Ley 52/1982, de 13 de julio, vigente en aquel momento) cuando la madre es de nacionalidad austríaca y soltera, figurando en la inscripción del nacimiento, como padre, a efectos indicadores, el nombre de «Adolf», sin que se haya practicado prueba alguna sobre las circunstancias que permiten, conforme a los nº 2, 3 y 4 de dicho art. 18 adquirir la nacionalidad española por el referido «jus soli».²⁷⁷

En lo que se refiere a los permisos de residencia anejos a los permisos de trabajo por cuenta propia, su tramitación, concesión o denegación es idéntica a la seguida en el caso de permisos de residencia conexos a permisos de trabajo por cuenta ajena.

4. Incidencia de Tratados y Convenios en la concesión de permisos de trabajo a extranjeros para actividades por cuenta propia.

La Ley reconoce como principio general, en su artículo tercero, y de modo específico, en lo que se refiere a permisos de trabajo, en el artículo 30.2 de su Reglamento, que determinados extranjeros, en virtud de Convenios o Tratados, ven modificada su situación en lo que se refiere a su situación respecto al acceso al trabajo en España, reconocimiento in-

²⁷⁷ Ft. Jco. 2º de la STS de 31 de enero de 1992, cit.

dependiente de la situación de los ciudadanos pertenecientes a Estados miembros de la CEE cuya condición especial será objeto de posterior atención.

En el referido marco normativo opera el Tratado de Establecimiento entre España y la RFA de 23 de abril de 1970, ratificada por Instrumento el 22 de febrero de 1972²⁷⁸, y que afecta a los ciudadanos alemanes que quieran ejercer una actividad lucrativa por cuenta propia, o cargos directivos y de confianza por cuenta ajena²⁷⁹, para lo cual gozaran de las mismas condiciones que los nacionales españoles y a la inversa. Esta situación de privilegio puede ser extendida a nacionales de terceros países en virtud de la "cláusula de la nación mas favorecida"²⁸⁰, recogida en varios Convenios de Paz y Amistad realizados por España con países hispano-americanos (Argentina, Nicaragua, El Salvador, Bolivia...).

Efectivamente la "cláusula de la nación mas favorecida" ha sido in-

²⁷⁸ BOE del 29 de noviembre de 1972.

²⁷⁹ Según establece el art. 10.2 del Convenio de Establecimiento entre España y la República Federal Alemana de 23 de abril de 1970, como expresamente es señalado por la STS de 9 de abril de 1990, Ponente: Sr. FUENTES LOJO (RAJ, 2828), para un nacional alemán, que había sido contratado como Director-Gerente de una empresa dedicada a la fabricación y compraventa de materiales de construcción y al que la autoridad laboral había denegado el permiso de trabajo por que así "lo aconsejaba la situación de empleo nacional", dado que había españoles que reunían las condiciones necesarias para realizar tal trabajo.

²⁸⁰ La problemática de la cláusula de la nación mas favorecida ha sido ampliamente tratada por la doctrina. Vid. A.MARTINEZ MORENO: La cláusula de la nación mas favorecida a la luz del Derecho Contemporáneo, en «REDI». 1981, pp. 461-491; J.A.PASTOR RIDRUEJO: La estipulación y la eficacia interna de los Tratados en el Derecho Español en «REDI». 1964, pp. 39-59; "Nota" a la STS de 5 de enero de 1965 realizada por J.D.GONZALEZ CAMPOS en «REDI». 1966, pp. 550-559; "Nota" a STAT de las Palmas de 29 de octubre de 1980, realizada por M.PAZ ANDRES en «REDI». 1983, pp. 120-124.

vocada por ciudadanos hispanoamericanos, fundamentalmente argentinos, en reiteradas ocasiones, y ha sido reconocida por el Tribunal Supremo²⁸¹ que, en Sentencia de 23 de mayo de 1986, considera: "...el Decreto de 27 de julio de 1968 excluye del régimen general que establece sobre autorizaciones de trabajo las situaciones basadas en tratados o convenios internacionales suscritos por España y a su vez el art. 96 de la Constitución Española dispone que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España formarán parte del ordenamiento interno mientras conserven su vigencia con arreglo a las normas previstas en los propios tratados o de acuerdo con las generales del Derecho Internacional, por lo que al no estar denunciado el tratado de reconocimiento, paz y amistad, celebrado entre España y Argentina de 1863, que dispone que los subditos de una y otra nación pueden ejercer libremente un oficio o profesión en los mismos términos de la cláusula de la nación más favorecida y habida cuenta de que el Tratado de España con la RFA de 1970 establece que los nacionales de una de las partes podrán ejercer actividades económicas y profesionales en el territorio de la otra parte en las mismas condiciones que los nacionales..."²⁸²

Esta situación privilegiada es reconocida por el Tribunal Supremo exclusivamente para actividades lucrativas por cuenta propia o para cargos directivos y de confianza por cuenta ajena y no para la realización de actividades normales por cuenta ajena, como señala la Sentencia de 3

²⁸¹ STS de 1982: 17 de septiembre, Ponente: Sr. GARRALDA VALCARCEL (RAJ, 4875); 30 de septiembre, Ponente: Sr. PEREZ FERNANDEZ (RAJ, 4917); 5 de noviembre, Ponente: Sr. ROLDAN MARTINEZ (RAJ, 6969); STS de 10 de junio de 1985, Ponente: Sr. PEREZ FERNANDEZ (RAJ, 3619); STS de 23 de mayo 1986, Ponente: Sr. PEREZ FERNANDEZ (RAJ, 2399).

²⁸² Fto. Jco. 1º de la STS de 23 de mayo de 1986, cit.

de noviembre de 1982, en la que, el recurrente, un nacional argentino, pretendía desarrollar una actividad asalariada sin permiso de trabajo, invocando esta cláusula; el Tribunal consideró al respecto que: "La cláusula de la nación mas favorecida del tratado con Argentina y el tratamiento de los alemanes estampado en el art. 9.1 del Tratado de Establecimiento de 1970, no sirve para amparar la concreta pretensión del recurrente puesto que el art. 10.1 de este último Tratado añade: «No obstante lo dispuesto en el artículo 9.1, la iniciación y ejercicio de una actividad remunerada y por cuenta ajena por los nacionales de una de las partes en territorio del otro, se regulará con arreglo a las disposiciones legales y administrativas sobre empleados y trabajadores de esta última parte» ...con algunas salvedades que figurarán a continuación y que no hacen referencia a nuestro caso, y como quiera que lo que postula el recurrente es la iniciación de una actividad laboral remunerada y por cuenta ajena es claro, que tal pretensión no puede incardinarse en tal normativa"²⁸³.

El problema principal que presenta la validez de esta cláusula de la nación más favorecida estriba en saber si, en la actualidad, el Tratado de Establecimiento realizado por España y la RFA esta vigente o no, ya que, como ha sido señalado en el ámbito doctrinal, "la esencia de la cláusula de la nación mas favorecida radica, precisamente, en la unión que se establece entre un 'Tratado de base' y aquél que contiene la cláusula ...y que por sí mismo no otorga ningún beneficio especial, y un tercer tratado que es el que establece el contenido concreto de la regulación mas ventajosa y que, en función de la cláusula de la nación mas favorecida plantea un examen a fondo de los tratado internacionales suscritos por

²⁸³ Fto. Jco. 4º de la STS de 3 de noviembre de 1982, Ponente: Sr. GARRALDA VALCARCEL (RAJ, 6958)

España en la materia"²⁸⁴. Por lo tanto, es importante determinar la vigencia o no del Tratado ventajoso en este caso el Hispano -Alemán . En este punto es preciso señalar que desde la Adhesión de España a la CEE, el Derecho de Establecimiento está plenamente reconocido, excepto pequeñas salvedades, y por lo tanto, el contenido del Tratado de Establecimiento, que le dá a la cláusula de la nación mas favorecida su valor, se puede considerar que ha terminado sus funciones, esto es así desde los propios preceptos del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados a tenor del artículo 30.3 (respecto de la aplicación de tratados sucesivos sobre la misma materia) y del artículo 59 que, al referirse a las causas de terminación de aquellos dispone: « 1.Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebrán ulteriormente un tratado sobre la materia y: a) Se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado», y podemos pensar que efectivamente la intencionalidad existe.²⁸⁵

c.- Permisos de trabajo para los trabajadores fronterizos.

Respecto de esta categoría de permisos de trabajo, calificados como de tipo F²⁸⁶, tanto la Ley como su Reglamento de ejecución, no resultan muy explícitos, ya que se limitan a señalar que será concedido a los trabajos fronterizos tanto por cuenta ajena como propia y que tendrán

²⁸⁴ Vid. J.D. GONZALEZ CAMPOS en «REDI», 1966, cit., pp.555-556.

²⁸⁵ Vid. M. MOYA ESCUDERO: "Nota" Jurisprudencia en materia laboral en «REDI», 1987, pp.176.

²⁸⁶ Art. 34.2 c) del R.D. 1119/1986.

una vigencia de tres años.

El problema principal radica en saber a que extranjeros se les considera trabajadores fronterizos, ya que, hasta el momento, el tratamiento de estos trabajadores se ha basado en Convenios Bilaterales realizados por España con los países limítrofes.

Con referencia en Andorra hay que señalar que ha sido elaborado por el Principado una reglamentación sobre extranjeros, en la que españoles y franceses resultan beneficiados, mientras que, por parte española, la reglamentación referida a Andorra se contiene en el Título IV del Convenio Hispano-Andorrano sobre Seguridad Social de 14 de abril de 1978²⁸⁷. De acuerdo con los usos se considera trabajador fronterizo a toda persona que resida habitualmente en zona fronteriza hispano-andorrana y ejerza, en el sector fronterizo del otro país, una actividad, especialmente profesión o empleo. El artículo 25 del citado Convenio de Seguridad Social señala que serán considerados "trabajadores fronterizos los subditos españoles y andorranos que, conservando su residencia en la zona fronteriza de una de las partes contratantes, a la que regresan, en principio, cada día, trabajan en la zona territorial fronteriza de la otra parte. Sin embargo, es frecuente que trabajadores que, en teoría, son considerados como fronterizos, residan habitualmente en Andorra, sin que las autoridades de este país pongan grandes trabas a ello. La zona fronteriza ha abarcado tradicionalmente todo Andorra y por parte española varios términos municipales de la provincia de Lérida, como así lo ratifica el

²⁸⁷ Convenio que nunca fue publicado en el BOE pues España lo consideró como un acuerdo técnico. Cfr. R.VIÑAS FARRE: El régimen de los trabajadores fronterizos en las relaciones de vecindad hispano- andorranas. Las relaciones de Vecindad, en IX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (3-5 de junio de 1985), pp. 327-334.

artículo 26 del Convenio.

A los trabajos fronterizos se les concede una Carta de Trabajador Fronterizo, que constituye una tarjeta de identidad especial, expedida gratuitamente por las autoridades competentes y que les permite acceder a los beneficios de Seguridad Social regulados en el Convenio Bilateral de Seguridad Social de 1978.

En lo que se refiere a Francia y Portugal, la situación de los trabajadores comunitarios fronterizos, no sólo los franceses y portugueses, se ha visto modificada por la Adhesión de España a la CEE, por lo que su situación ya no es regulada conforme a la Ley de Extranjería y su Reglamento, sino por el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, en cuyo artículo 6.6 se establece que la situación de los trabajadores comunitarios fronterizos que trabajan en España, pero que regresen, en principio todos los días o por lo menos una vez a la semana al territorio de un Estado Miembro, "se acreditará mediante la expedición de una tarjeta de trabajador fronterizo, válida para cinco años y renovable automáticamente".

4º.- Identificación y Registro.

La obligación de Identificación y Registro no es precisamente nueva en nuestro Ordenamiento Jurídico. Con planteamientos afines a su momento histórico, por Cédula de 29 de noviembre de 1791²⁸⁸, se estableció que los dos primeros meses de cada año se recogieran o modificaran en toda España las matriculas de los extranjeros, anotando los extranjeros que hubieran entrado y salido y los que

²⁸⁸ Vid. J. ESCRICHE: Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Segundo Diccionario corregido y aumentado, Tomo Segundo, Madrid 1839, p.124.

"hubieren contravenido a las disposiciones de las Cédulas e Instrucciones, para proceder contra estos últimos sin negligencia ni contemplaciones". Con posterioridad, por Real Orden de 11 de agosto de 1837, se manda efectuar la formación de matrículas de todos los extranjeros existentes en España según lo dispuesto en las leyes 8, 9 y 10 Título 11 Libro 6 de la Novísima Recopilación -prueba de que lo dispuesto en las disposiciones vigentes no se cumplían- ordenando además, que "a todo extranjero que llegase a España, se le entregue, por la autoridad de puertos y fronteras que haya de reconocerles el pasaporte, un billete en el que conste el nombre y apellido, profesión y si viene en calidad de transeunte, a fin de que se presente con él a la autoridad municipal en el que vaya a residir para los efectos correspondientes"²⁸⁹.

El Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, vuelve a establecer la obligatoriedad, que deben asumir los Gobiernos Civiles, de elaborar el Registro y Matrícula de los nombres y circunstancias de los extranjeros que vienen a residir a España, con separación de los transeuntes y de los domiciliados, matrículas que habrán de comprobarse anualmente con los Consulados, ya que sólo cuando estén conformes surtirán efectos legales, siendo cualquier discrepancia entre ambos resuelta conforme al Registro de los Gobiernos Civiles²⁹⁰.

Sin embargo, estas medidas de policía habitualmente no eran

²⁸⁹ Vid. J. ESCRICHE: Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, cit., p. 125.

²⁹⁰ Art. 9-12 del Real Decreto de 17 de diciembre de 1852. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia J. ESCRICHE. Nueva Edición Reformada y considerablemente Aumentada por J. VICENTE Y CASAVANTES y L. GALINDO y de VERA, Tomo Segundo, Madrid 1874, p. 952.

cumplidas, como lo demuestra la Real Orden de 7 de junio -8 de octubre de 1895, en la que se recuerda que se debe observar escrupulosamente dichas obligaciones ya que por no cumplirlas se ocasionan numerosos trastornos²⁹¹.

La obligación de Identificación y Registro de extranjeros es retomada por el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, en su artículos 20 y 22 así como en la Orden Ministerial 1031/1980, para pasar posteriormente a la legislación actual en términos muy similares.

En la actualidad, todo extranjero que haya obtenido una prórroga de estancia, un permiso de residencia o un permiso de residencia y trabajo será dotado, de oficio, por la Dirección General de la Policía, de un número de registro personal, único y sin ninguna significación, que será identificador del extranjero en lo sucesivo, y que deberá constar en todos los documentos que se le expidan o tramiten²⁹². Número de identificación que al precisar de una consulta previa a las dependencias administrativas en Madrid para que sea otorgado por los servicios centrales del Ministerio del Interior, se ha convertido en un importante motivo de retraso en la concesión de los permisos de residencia y permisos unificados de residencia y trabajo, por lo que sería conveniente, que se integraran estos datos en los servicios informáticos del Ministerio del Interior²⁹³.

Asimismo en la Dirección General de Policía -Comisaría General

²⁹¹ Vid. MARTINEZ-ALCUBILLA: Diccionario de la Administración Pública Española, Tomo VII, Madrid 1918, p.515.

²⁹² Art. 67 del R.D. 1119/1986.

²⁹³ Vid. al respecto J. M. PAZ RUBIO: "Notas sobre extranjería", en Bicentenario de la Audiencia Territorial de Cáceres, «Poder Judicial», cit.p. 124.

de Documentación- se llevará un Registro Central de Permisos de Residencia de Extranjeros, en el que se anotarán los títulos de viaje, permisos de residencia y de trabajo, cambios en la situación del extranjero, medidas cautelares infracciones y sanciones y, las expulsiones administrativas o judiciales, estando su contenido a disposición de los órganos de las Administraciones Públicas que lo requieran²⁹⁴.

²⁹⁴ Arts. 13.2 de la ley Orgánica 7/1985 y 68 del R.D 1119/1986.

3º.- Salida de extranjeros de España.

La salida de extranjeros, nacionales de Terceros Estados, que se hallen en territorio español, podrá realizarse según establece la Ley de Extranjería, de forma voluntaria o bien forzosa, cuando el extranjero incurra en los supuestos de expulsión y de devolución¹.

A) - Salida voluntaria.

La exclusión de los extranjeros del Derecho a la salida del territorio español, reconocido en el artículo 19 de la Constitución, a los españoles, "en los términos que la Ley establezca", es matizada, como ya hemos visto, por el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos², que reconocen este Derecho con caracter general a toda persona, aunque admitiendo el establecimiento por Ley de restricciones "cuando sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros". En virtud de estas disposiciones, la Ley de Extranjería y su Reglamento desarrollan el régimen de salida voluntaria de extranjeros en España, configurándola como una forma de ejercicio del derecho a la libre circulación, que, excepcionalmente, y mediante resolución motivada del Ministro del Interior, podrá impedirse si es necesario "para proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud pública y los derechos y

¹ Art. 20 de la Ley Orgánica 7/1985.

² En el mismo sentido el art. 2.2 del Protocolo 4º al Convenio Europeo de Derechos Humanos, aún no ratificado por España.

libertades de los españoles"³.

El régimen de salida voluntaria de extranjeros, entendiendo como tal el abandono por propia iniciativa del territorio español, exige que el abandono del territorio nacional se realice cumpliendo los requisitos establecidos por ley: presentación por parte del extranjero ante las autoridades fronterizas de la documentación acreditativa de identidad, que en su momento sirvió para entrar y permanecer en España⁴ y salida efectiva por alguno de los puestos fronterizos -terrestres, aéreos o marítimos- habilitados para tal fin⁵. Asimismo, el extranjero deberá cumplir las normas relativas a la salida de dinero, mercancías especiales, y tener en cuenta la prohibición de exportación determinados bienes, como los relativos al patrimonio histórico-artístico⁶.

En lo que se refiere a la documentación necesaria para salir de España hay que señalar, que carecer total o parcialmente de ella no es obstáculo absoluto que impida el abandono del territorio nacional, pues según establece el artículo 83 del Reglamento, "también podrán realizarse las salidas con documentación defectuosa e incluso sin ella, si

³ Art. 21.4 de la Ley Orgánica 7/1985.

⁴ Con la excepciones previstas el art. 22.3 de la Ley de Extranjería, para los extranjeros apátridas y asimilados que quieran salir de España a los que Ministerio del Interior proveerá de un "título de viaje" con destino a los países que se especifiquen. Este mismo título de viaje se otorgará a los refugiados reconocidos como tal por España, en virtud de las obligaciones contraídas internacionalmente, según establece el art. 35 del Reglamento de la Ley de Asilo y condición del Refugiado, de 20 de febrero de 1985.

⁵ Arts. 21.1 de la Ley Orgánica 7/1985 y 83 y 84 del R.D. 1119/1986.

⁶ Vid., en este sentido, J.M. ESPINAR VICENTE: La extranjería en el Sistema español de Derecho Internacional Privado, cit., p.130.

no existiese prohibición ni impedimento alguno, a juicio de los servicios policiales de control", facultad de apreciación de los servicios de control que no es comparable con la concedida para la autorización de entrada al territorio español, pues no autoriza a impedir la salida de España por causa de la documentación, por la sencilla razón de que la Ley no establece como motivo para impedir la salida del territorio español la ausencia o defecto en la documentación, como sucede en la entrada, por lo que la facultad de apreciación queda limitada a comprobar si sobre el extranjero recae alguna otra circunstancia que impida su salida.

Si la documentación está conforme, o las autoridades competentes dan el visto bueno para la salida, se estampará en el pasaporte o título de viaje, el sello signo o marca de control y si no es posible, porque la documentación presentada no lo permite o se carece de documentación, se le entregará un impreso para dejar constancia de la salida debidamente cumplimentada, quedando franco el paso al exterior del país, una vez devuelta la documentación⁷. Sin embargo, y como ya fue apreciado en el análisis de la entrada de extranjeros en territorio español, hay que hacer notar que habitualmente en las denominadas fronteras interiores, no se cumplen las previsiones normativas relativas a documentación de salida, a no ser que el extranjero lo solicite expresamente.

La diferente configuración jurídica de la estancia y la residencia, concediendo a los que gozan de permiso de residencia la situación de residente legal, permite que los residentes legales puedan entrar y salir de España tantas veces como quieran, siempre que el permiso de residencia y su documentación personal se encuentren en vigor. Posibilidad que no cuentan los extranjeros que se encuentra en situación de estancia o prórroga de la misma, ya que si se ausentan de España, a su regreso

⁷ Art. 84 del R.D. 1119/1986.

deberán someterse de nuevo a todos los trámites para la autorización de entrada⁸.

1.- La prohibición de salida de extranjeros.

De forma excepcional y transitoria, y supeditada a control jurisdiccional, el Ministro del Interior, en su condición de máximo responsable de la Seguridad del Estado, podrá acordar, mediante resolución motivada, la prohibición de salida de extranjeros cuando "la medida sea necesaria para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud pública y los derechos y libertades de los españoles"⁹. Medida que será adoptada por el Ministro "a iniciativa propia, a propuesta de la Dirección General de Policía, o de las autoridades sanitarias o a instancia de los ciudadanos españoles que pudieran resultar perjudicados en sus derechos y libertades por la salida de extranjeros de España"¹⁰.

El Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería, desarrolla en su artículo 82, el alcance de las atribuciones del Ministro del Interior, para acordar la prohibición de salida de extranjeros del territorio español, cuya articulación responde a tres grupos de motivaciones, el primero a razones de índole penal, y tiene por objeto impedir que el extranjero que tenga pendiente una causa o en situación de penado abandone España antes de valorar la conveniencia de esta salida; el segundo, hace referencia a motivos de Sanidad Pública, en particular, en

⁸ Art. 83.4 y 5 del R.D. 1119/1986.

⁹ Art. 21.4 de la Ley Orgánica 7/1985.

¹⁰ Art. 82.2 del R.D. 1110/1986.

relación con el control de periodos epidémicos y, el tercero, se lleva a cabo como expediente cautelar para defensa de los intereses de los españoles. Los supuestos conectados con consecuencias negativas para la Seguridad Pública o el Orden Público, implican los menores niveles de formalización jurídica y conectan con la defensa institucional del Estado que tiene el límite en el respeto a los derechos de la persona.

En lo que se refiere a la prohibición de salida por causas penales, se podrá impedir la salida de aquellos extranjeros: que estén encartados en un procedimiento judicial por comisión de delitos en España, salvo en los supuestos en los que la autoridad judicial haya autorizado la salida o decretado la expulsión; que hayan sido condenados a penas privativas de libertad y reclamados para el cumplimiento de la condena, salvo los supuestos en que judicialmente se haya acordado la expulsión como pena sustitutiva, y los de aplicación de convenios en los que España sea parte sobre cumplimiento de penas en el país de origen¹¹; y de aquellos otros, sobre los que pese una petición de extradición, hasta que se dicte la resolución procedente¹². Supuestos los dos primeros, en los que el

¹¹ En este sentido, España ratificó, el 18 de febrero de 1985, el Convenio Europeo para traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983 (BOE 10 de junio de 1985), este Convenio ha sido ratificado por Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Chipre, Dinamarca, Estados Unidos, Francia, Finlandia, Grecia, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido, Suecia, Suiza, y Turquía. España, además, ha suscrito Convenios Bilaterales de cumplimiento de penas en el lugar de origen, como son el Convenio hispano-danes de 3 de febrero de 1972 (BOE 25 de abril de 1973), el Acuerdo de 7 de diciembre de 1983, ratificado por Instrumento el 12 de noviembre de 1987, con Tailandia, sobre cooperación en materia de ejecución de sentencias penales (BOE 9 y 10 de diciembre de 1987) y el Tratado entre España y Bolivia sobre transferencia de personas condenadas de 24 de abril de 1990, aún en fase de autorización parlamentaria (BOC, Congreso de los Diputados, nº 137-1, de 10 de abril de 1991).

¹² Art. 81.1 del R.D. 1119/1986. En relación con esta medida es conveniente resaltar como señala J. M. VICENTE ESPINAR: La extranjería en el Sistema español de Derecho

Reglamento especifica la prevalencia de las decisiones judiciales sobre las del Ministro del Interior, resolviendo con ello, las disparidad de criterios que podría darse, en los supuestos de extranjeros encartados en un procedimiento judicial o condenados a penas privativas de libertad, entre las resoluciones del Ministro prohibiendo la salida y las de las autoridades judiciales autorizando la salida o decretando la expulsión sustitutiva de la pena, dado que aunque en el contexto de la Ley las resoluciones del Ministro no quedan subordinadas¹³, el control de legalidad de su actuación corresponde a los Tribunales y es al orden jurisdiccional al que corresponde la primacía en los eventuales conflictos de competencia que se susciten en el procedimiento, conforme al esquema de articulación de los Poderes del Estado.

La prohibición de salida por motivos de Salud Pública¹⁴, se ha establecido con objeto de hacer efectiva la cooperación internacional, intentando evitar que se propague una enfermedad infecciosa detectada en nuestro País y cuyos efectos puedan ser nocivos para la Comunidad Internacional, permitiéndose por ello, que cuando sea necesario para proteger la Sanidad Nacional o Internacional, se pueda proceder al internamiento obligatorio del extranjero, en establecimiento adecuado, Internacional Privado, cit., p. 131, que la base en la que se fundamenta no se corresponde con el ámbito de delimitación de la competencia judicial penal internacional de los Tribunales españoles, ya que, de acuerdo con los párrafos 3 y 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Tribunales españoles pueden conocer de causas relativas a delitos cometidos por extranjeros en el extranjero y entre éstos se encuentran los relativos a falsificación, narcotráfico o control de cambios, que hubieran justificado igualmente la adopción de esta medida.

¹³ R.M. FERRER PEÑA: Los Derechos de los extranjeros en España, cit., p. 141.

¹⁴ Art. 21.4 de la Ley Orgánica 7/1985 y artículo 82.1 c) del R.D. 1119/1986.

hasta llegar a un diagnóstico definitivo y saber si efectivamente puede dar origen a un brote epidémico.

Finalmente, la prohibición de salida esta vinculada a la protección de los intereses de los ciudadanos españoles, supuesto orientado, según el artículo 21.4 de la Ley de Extranjería, a proteger "los derechos y libertades de los españoles". Esta medida, al poder ser instada por los propios particulares, permite que cuando un español tenga una controversia judicial con un extranjero, pueda solicitar del Ministro del Interior la prohibición de salida del mismo, lo que, en realidad, supone la mejor y más eficaz medida de protección de los intereses del español, permitiendo con ello que las relaciones jurídicas que se crean entre españoles y extranjeros, no se rompan y que no sea necesario para los nacionales españoles litigar en el extranjero, o bien, hacer reconocer la sentencia española. Aunque como ha señalado la doctrina, se echa de menos un desarrollo más pormenorizado de los cauces de aplicación de esta medida y sobre todo la posibilidad de intervención judicial en algunos casos, así como la falta de plazos en su operatividad temporal¹⁵, ya que, efectivamente, al tratarse de una medida cautelar, tiene que ser temporal, terminando en el mismo momento en que el Derecho o Libertad del español quede garantizado. Por ello, la medida debería quedar sin efecto, si transcurrido un plazo determinado, el español no inicia ninguna acción, sin necesidad de que el extranjero lo solicite, dando por otra parte la posibilidad al Juez que conoce del asunto de opinar sobre la conveniencia o no de llevar a cabo dicha medida, ya que, aunque el procedimiento administrativo con el que se lleva a cabo la

¹⁵ Cfr. J.M.ESPINAR VICENTE: La extranjería en el Sistema español de Derecho Internacional Privado, cit., p.134.

medida, ofrezca suficientes garantías para el extranjero, su situación puede quedar muy descompensada respecto del nacional, sin que la razón final de la medida lo justifique.

2.- Autorizaciones judiciales de salida.

Aunque no existe una formulación expresa, es evidente que la norma general procesal, que afecta a todos los procesados o encartados en un procedimiento, sean españoles o extranjeros, es la de que no pueden abandonar el territorio español mientras permanezcan en dicha situación¹⁶. La autorización judicial de salida, prevista en la Ley de Extranjería, constituye una intervención novedosa tendente a posibilitar la salida de los extranjeros encartados en un procedimiento penal en curso.

Las salidas podrán ser autorizadas por el Juez, cuando el extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose como tales, aquellos que en nuestro Ordenamiento son castigados con pena igual o inferior a prisión menor, previa audiencia del Fiscal y siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁷, debiendo ser comunicadas, una vez autorizadas, a los servicios competentes del Ministerio de Interior, para su conocimiento y efectividad.

¹⁶ Cfr. R.M. FERRER PEÑA: Los Derechos de los extranjeros en España, cit., p. 142.

¹⁷ Art. 21.2 párrafo primero de la Ley Orgánica 7/1985. Salidas, que podrán ser instadas por la autoridades gubernativas y policiales que tengan conocimiento de los hechos y circunstancias que concurren en el caso, sin perjuicio del derecho de hacer lo por sí mismos los extranjeros afectados, según establece el art. 81.2 del R.D.1119/1986.

La interpretación de estos preceptos no resulta fácil, pues la remisión que la Ley de Extranjería hace a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite una doble posibilidad. Por un lado, puede haberse querido institucionalizar y extender a todos los extranjeros y a los distintos procedimientos por delitos menos graves, el supuesto del artículo 785.8h) de la L. E. Cr., relativo al procedimiento de urgencia en los delitos derivados del uso y circulación de motor, que contempla la posibilidad expresa de autorizar a los encartados a ausentarse del territorio español, previa audiencia del fiscal y cumpliendo determinados requisitos, entretanto se sustancia el procedimiento¹⁸; por otro, puede pensarse que las disposiciones contenidas en la Ley de Extranjería pretendan llegar más lejos, introduciendo una fórmula que permita en la práctica, la salida definitiva y la terminación de dichos procedimientos. En principio, aunque esta segunda posibilidad no tiene antecedentes en nuestro Derecho procesal, parece sin embargo, la más ajustada si tenemos en cuenta las siguientes circunstancias: el tipo de delito, pues sólo podrá autorizarse cuando se trate de delitos castigados con pena igual o inferior a prisión menor; la falta de espacio de las cárceles españolas; el riesgo para el orden público que puede suponer la libertad provisional del extranjero encartado; la circunstancia de que la autorización de salida pueda ser instada por las autoridades gubernativas y policiales y el hecho de que, una vez autorizada, deba ser comunicada a las autoridades competentes del Ministerio de Interior para que se lleve a cabo la efectiva salida, lo que demuestra un interés público en que dichos extranjeros salgan de España. Sin embargo, si se pretendía una solución

¹⁸ Posibilidad por la que se decantan J.A MIQUEL CALATAYUD: Estudios sobre extranjería, Barcelona, 1987, p. 79 y ss; R.M. FERRER PEÑA: Los Derechos de los extranjeros en España, cit., p. 142-43 y V. ESTRADA CARRILLO: Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería, cit., p.250.

de esta naturaleza la Ley ha quedado a medio camino, pues la efectividad de la medida queda parcialmente neutralizada por el hecho de que esta salida mediante autorización judicial no lleva, en principio, aparejada una prohibición de entrada en España, lo que implica que no se puede impedir el regreso del extranjero al territorio español, a no ser que por la autoridad judicial así se disponga de modo expreso.

3.- La salida obligatoria.

El abandono del territorio nacional por parte de aquellos extranjeros, que se ven obligado a ello, porque les caduquen los plazos que le autoricen a permanecer legalmente en España o se les deniegue la prórroga de estancia, el permiso de residencia o de trabajo o sus prórrogas¹⁹, es tratada por la Ley como una salida voluntaria del territorio español, a pesar de de tratarse de una salida obligada por imperativo de la normativa reguladora, pues en caso contrario puede ser expulsado de España, en consecuencia, el extranjero que abandone efectivamente el territorio español en el plazo previsto, sin incurrir en ningún supuesto de expulsión, no será objeto de una prohibición de entrada en España y, por lo tanto, podrá volver cuando desée, cumpliendo, los requisitos exigidos para la entrada en España²⁰.

¹⁹ A cuyo fin, según establece el art. 86.1 del R.D. 1119/1986, el extranjero será advertido mediante diligencia en el pasaporte o documento análogo, de las disposiciones legales que determinan la obligatoriedad de su salida del país. En el caso de que el extranjero se encuentre en España amparado en un documento de identidad en el que no se pueda estampar dicha diligencia, se formulará la advertencia en documento aparte.

²⁰ Artículo 86.2 del R.D. 1119/1986.

Salida obligatoria, que tambien es considerada en el Convenio de aplicaci3n del Acuerdo de Schengen, que diferencia la situaci3n de los extranjeros autorizados a permanecer en corta estancia en el territorio com3n, de los extranjeros titulares de un permiso de residencia en v3gor, concedido por un Estado Parte, que esten en otro Estado Parte distinto²¹.

En lo que se refiere a los extranjeros autorizados a permanecer hasta tres meses, el Convenio de aplicaci3n establece su obligaci3n de abandonar el territorio com3n, cuando dejen de cumplir las condiciones de corta estancia aplicables en el territorio de un Estado Parte, pues en caso contrario podr3 ser objeto de una medida de expuls3n, aplicada conforme al Derecho del Estado Parte en el que fuese aprehendido²².

Los extranjeros, nacionales de Terceros Estados, titulares de un permiso de residencia en v3gor, concedido por un Estado Parte, transcurridos tres meses de permanencia en el territorio com3n, deber3n dirigirse "sin demora" al territorio de dicho Estado Parte, no previ3ndose, sin embargo, la aplicaci3n de una medida de expuls3n del territorio com3n en caso de incumplimiento de dicha obligaci3n.

²¹ Art. 23 del Convenio de aplicaci3n de 19 de junio de 1990.

²² Si el Derecho de ese Estado Parte no permite la expuls3n de ese extranjero en concreto, dicho Estado podr3 permitir la estancia del interesado en su territorio, seg3n establece el art. 23.3 del Convenio de aplicaci3n de 19 de junio de 1990.

B) – Salida forzosa.

La salida forzosa de extranjeros del territorio nacional tiene como referencia sistemática las categorías conceptuales de la devolución y la expulsión.

1.- La devolución de extranjeros.

La devolución representa el segundo nivel de reacción de nuestro Ordenamiento frente a la entrada ilegal de extranjeros, ya que ante una situación de falta de cumplimiento de alguno de los requisitos para la entrada legal, por parte de un extranjero, se autoriza a los servicios policiales de frontera a rechazar su entrada en España²³. Consumada la entrada ilegal, los Gobernadores Civiles tienen competencia para ordenar la devolución de dicho extranjero a su país de origen o residencia²⁴.

La devolución, por consiguiente, es una medida de seguridad que se aplica en los supuestos de presencia en el territorio español de extranjeros en situación de manifiesta ilegalidad, y consiste en la obligación de salir de España, previa orden del Gobernador Civil de la provincia correspondiente, por parte de cualquier extranjero que hubiera atravesado las fronteras incumpliendo las disposiciones sobre entrada legal, bien porque el extranjero haya sido expulsado de España y regrese contraviniendo la prohibición de entrada que lleva aparejada la expulsión,

²³ Medida de rechazo en frontera prevista en los arts. 11.3 "in fine" de la Ley orgánica 7/1985 y 13.1 del R.D. 1119/1986, y ya vista en el correspondiente estudio de la entrada.

²⁴ Arts. 36.2 de la Ley orgánica 7/1985 y 85.1 del R.D. 1119/1986.

o bien porque no cumpla los requisitos necesarios para la entrada legal en España, excepto en el supuesto de que el extranjero nada más entrar en España solicite asilo político o refugio, en cuyo caso no podrá serle aplicada la medida de devolución a pesar de no haber cumplido los requisitos exigidos por la Ley, para la entrada legal²⁵.

En cuanto a la ejecución material de la medida de devolución, los extranjeros sujetos a una orden de devolución deberán repasar la frontera o reemprender viaje marítimo, aéreo o terrestre a su voluntad, debiendo responsabilizarse las Compañías o Empresas de transporte, a través de las cuales se hubiera efectuado la entrada de extranjeros en España, de proporcionarles la salida, en el enlace más próximo²⁶. En el supuesto de que la devolución acordada no pudiera llevarse a cabo por estos medios, los Gobernadores Civiles procederán a ejecutar la devolución en la forma prevista para las expulsiones, "lo que se llevará a cabo a costa de los interesados, si tuvieran medios económicos"²⁷.

La introducción de la medida de devolución por la Ley de Extranjería, es una transposición al Ordenamiento español de la medida francesa de "reconduit a la frontière", procedimiento para devolver a su país de origen

²⁵ Según señala el art. 85.2 del R.D. 1119/1986, en aplicación de los art. 4º de la ley de Asilo y condición del Refugiado de 26 de marzo de 1984, que, conforme a los compromisos internacionales suscritos por España, prohíben la imposición de sanciones por entrada ilegal a los extranjeros "que reúnan los requisitos propios de la condición de asilado, siempre que se presenten sin demora ante las autoridades".

²⁶ Como ya señalamos al estudiar la entrada en territorio español, España, como miembro de la CEE, está adherida a la Convención de Chicago de 7 de diciembre de 1944, que obliga a las Compañías aéreas a asegurarse antes de embarcar a sus pasajeros de que poseen los documentos y visados necesarios. En caso de no hacerlo, cuando lleguen a destino tendrán que subvencionar su estancia y viaje de vuelta.

²⁷ Art. 85. 3, 4 y 5 del R.D. 1119/1986.

o procedencia, mediante resolución motivada, a aquellos extranjeros que incurran en alguno de estos supuestos: haber entrado de forma irregular, que hayan permanecido en Francia transcurridos los tres meses de estancia, sin obtener el permiso de residencia o no tener permiso de residencia, por no haberlo obtenido o porque se les haya denegado su renovación. Esta medida de control de las situaciones de ilegalidad es utilizada en Francia, con posterioridad a que el Consejo de Estado Francés reprochara a la autoridades gubernativas el abuso en la utilización de la de expulsión como medida de control del flujo migratorio, cuando, en realidad, su finalidad es la de controlar el Orden Público y la Seguridad Nacional²⁸, dado que, tanto en Derecho francés como español, la devolución aplicada a extranjeros en situación ilegal, no lleva aparejada una prohibición de entrada²⁹, lo que significa, que, si el extranjero cumple los

²⁸ La reforma de las medidas de "refoulement", introducida por la Ley francesa 86-1025, de 9 de septiembre de 1986 (que modifica la Ordennance de 2 de noviembre 1945 sobre régimen de extranjeros), somete la medida de "reconduit a la frontière" a la autoridad administrativa, en vez de a la autoridad judicial, como era habitual hasta el momento. Vid. "Documentation", en «RCDIP» 1986. pp.787-789. Sin embargo esta medida de reconduit a la frontière, puede ser recurrida en el plazo de las 24 horas siguientes, con efecto suspensivo, ante el Presidente del Tribunal Administrativo o su delegado, que tendrá 48 horas para responder sobre la adecuación de esta medida, según establece el art. 22 bis de la Ley de 10 de enero de 1990, que modifica la Ordennace de 1945. Vid. J.M FAUGERE: "La décision de reconduit a la frontière et le controle de l'erreur manifeste d'appréciation. Conclusions sur Conseil d'Etat, Asssemblée, 29 de juin-1990, 2 espèces", en «RFDA» 6(4), 1990, p. 537. En Bélgica se aplica, por la autoridad gubernativa y mediante resolución motivada, la "ordre de quitter le territoire" a los extranjeros no autorizados a permanecer más de tres meses en el territorio y la medida de "renvoi" a los autorizados a residir en él pero no a establecerse, cuando permanezcan más tiempo del permitido, carezcan de documentación adecuada, según establecen los artículos 7 y 20 de la Ley de 15 de diciembre de 1980. Boletín de Legislación Europea(BLE) II.Texto y Notas.3 de diciembre de 1981, pp.229-230.

²⁹ Excepción hecha en Francia cuando establece sanciones para aquellos extranjeros

requisitos previstos en la Ley para la entrada legal, puede regresar al país de forma inmediata.

La aplicación de esta medida de devolución en España, que enriquece la fenomenología de los análisis doctrinales relativos a la coacción administrativa directa³⁰, es consecuente con el planteamiento recogido en el Preámbulo de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros, de que los extranjeros en situación legal gozan de la plenitud de Derechos y de las garantías necesarias para su ejercicio, y consecuentemente, en sentido contrario, los extranjeros en situación ilegal no³¹, de lo que se deriva que, a los primeros, caso de pretender obligarles a abandonar el territorio nacional español, será preciso abrirles expediente de expulsión basado en alguno de los motivos establecidos por la Ley, con las garantías que nuestro ordenamiento garantiza: audiencia del interesado, recursos, intérprete y asistencia del letrado entre otros, mientras que, al extranjero en situación ilegal, se le que intenten sustraerse o se sustraigan de la medida de "reconduit a la frontière", a los que se les podrá imponer penas de seis meses a tres años de cárcel, que no impiden, por otra parte, que se pronuncie contra ellos una orden de expulsión que lleva aparejada una prohibición de entrada de hasta diez años, a la salida de prisión. Artículo 27 de la Ley nº86-1025 de 9 de septiembre de 1986. Vid. "Documentation", en «RCDIP» 1986, pp.787-789.

³⁰ Vid. I. AGUIRREAZKUENAGA: La coacción administrativa directa, Madrid 1990, pp. 50-56.

³¹ "Es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de los derechos y de las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones".

aplicará la medida de devolución, que según está regulada en la ley de Extranjería y su Reglamento de ejecución, carece de mínimas garantías jurídicas, pues a pesar de su indudable carácter de sanción, el procedimiento sumarísimo de devolución, no contempla la audiencia del interesado, con lo que, en definitiva, se pueden producir desviaciones de poder y a que en base a la legalidad vigente se llegue a consolidar la práctica de la devolución a todo extranjero que sea detenido en España, en situación ilegal y en lugar de instruirse el procedimiento de expulsión, se presume su entrada ilegal, procediendo a continuación a la medida de devolución, práctica totalmente contraria a las más elementales exigencias jurídicas a la vez que impropio de un Estado de Derecho, en calidad de referencia constitucional para el Estado español.

Un problema colateral que no puede ser pasado por alto, dado el volumen de extranjeros que son objeto de una medida de devolución³², es el referente a la efectiva ejecución de la medida de devolución, pues en muchas ocasiones los extranjeros devueltos no son admitidos en la frontera del país que permitió el acceso a España, dado que no son nacionales suyos. Al objeto de solucionar este problema España ha firmado y ratificado con Francia³³ y Marruecos³⁴, sendos Acuerdos

³² En el año 1986 fueron devueltos 21.929 extranjeros frente a 1.497 expulsiones, según datos aportados por el Informe Anual de 1987 del Defensor del Pueblo (BOC, Congreso de los Diputados, nº 109, 8 de junio de 1988).

³³ Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Francesa relativo a la admisión en puestos fronterizos de personas en situación de estancia ilegal, hecho en Madrid el 8 de enero de 1988 (BOE 6 de mayo de 1989).

³⁴ Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas en tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992 (BOE 25 de abril de 1992). Este Acuerdo establece como contrapartida para Marruecos, la libre circulación y tránsito por España de nacionales

bilaterales relativos a la readmisión de personas en estancia ilegal en España. Ambos Acuerdos, son bastante similares entre sí, aunque con la particularidad de que el realizado con Francia establece la admisión automática de las personas cuya documentación pruebe o permite suponer que tiene nacionalidad francesa, mientras que el realizado con Marruecos, no contiene esta especificación.

En ambos Acuerdos se establece la readmisión de extranjeros, que no sean nacionales de Francia ni de Marruecos, pero que hayan accedido a España a través de su territorio nacional, situación que en el caso de Marruecos es muy frecuente. La solicitud de remisión por parte de España se deberá presentar en los diez días posteriores a la entrada ilegal en España.

La efectiva realización de las medidas de readmisión ha dado lugar a bastantes problemas entre España y Marruecos, pues a pesar del Acuerdo vigente las autoridades marroquíes se negaban a readmitir a los extranjeros (nacionales no marroquíes), en su territorio, circunstancia que dio lugar a que muchos extranjeros, cuya devolución había sido ordenada no podían ser efectivamente devueltos, por lo que eran ingresados en Centros de Internamiento en Madrid, Valencia y Tarifa. Problemática que ha encontrado vías de solución en la reunión de los Ministros del Interior de España y Marruecos, celebrada el 17 de agosto de 1992, negociación que ha coincidido con importantes retenciones de ciudadanos marroquíes en el paso del Estrecho de Gibraltar en sus tránsitos vacacionales. A partir de la fecha expresada, Marruecos ha comenzado a readmitir a extranjeros a los que España ha aplicado el procedimiento de devolución por efecto de entrada ilegal en España a través del territorio de Marruecos³⁵.

marroquíes legalmente establecidos en la CEE (art. 12 del Acuerdo).

³⁵ Vid. Información de prensa del día 25 de agosto de 1992.

Con el mismo objeto de permitir la readmisión de nacionales de Terceros Estados, los Estado Parte del Acuerdo de Schengen y Polonia ha firmado un Acuerdo de readmisión de personas en situación irregular³⁶, cuyo contenido muy similar a los anteriores, permite la readmisión de nacionales de Terceros Estado que hayan entrado en el territorio común a través de Polonia.

2.- La expulsión de extranjeros.

La expulsión implica la obligación de abandonar España, en cumplimiento de una decisión gubernativa o judicial, por parte de los extranjeros que hubieran entrado legalmente en territorio español, considerándose, por lo tanto, como una quiebra al Derecho de libre circulación, tal y como este Derecho está configurado internacionalmente, es decir, como opción que tiene por base una situación de legalidad en un determinado Estado³⁷, lo que le distingue claramente de las medidas de devolución o rechazo en frontera, aplicables siempre a extranjeros que contravengan las disposiciones sobre entrada legal.

La posibilidad de expulsar a los extranjeros se considera como una materia perteneciente a las competencias exclusivas de los Estados y la ausencia de normas precisas sobre la misma en el Derecho Internacional General confirma esta afirmación³⁸. Sin embargo, el fundamento jurídi-

³⁶ Acuerdo relativo a la readmisión de personas en situación irregular, celebrado en Bruselas el 21 de marzo de 1991 por las partes contratantes en el Acuerdo de Schengen y la República de Polonia. Aún en trámite de autorización parlamentaria en España (BOC, Congreso de los Diputados, de 12 de febrero de 1992, nº 230.).

³⁷ Vid. E. SEGARRA TRIAS: Los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas de los extranjeros en España, cít., p. 203.

co de la expulsión no puede residir, como tradicionalmente se ha considerado, en la potestad soberana del Estado, desde el momento en que existen algunas expulsiones contrarias al Derecho Internacional, ya que de otra manera no se concebiría que se pudiese discutir ante un Tribunal Internacional si son o no admisibles³⁹. Por ello, el fundamento hay que reconducirlo al Derecho de conservación del Estado⁴⁰, que le faculta pa-

³⁸ Vid. E. PEREZ VERA: Derecho Internacional Privado, cit., p. 246. La expulsión adoptada por un Estado como medida de seguridad frente a una conducta peligrosa observada por un extranjero en el territorio nacional, se ha consolidado en el Derecho Comparado de los años 30 de este siglo. Sin embargo, también en este período se inicia una corriente doctrinal tendente a diferenciar dentro de la facultad estatal de expulsión, la discrecionalidad de la arbitrariedad, como señala N. POLITIS: "Les problemes des limitations à la souveraineté et le théorie de l'abus du Droit", en «Rec. des Cours» 1925, T. I, pp.101-102. Ya en 1932 el Institut de Droit International en su Sesión de Ginebra intentó, en base a las reglas de Derecho convencional y del Derecho de Gentes y tras laboriosas discusiones, establecer un inventario de reglas contra las expulsiones discrecionales. Vid. G. SCELLE: Precis de Droit des Gens, T.II, París 1934, p.105.

³⁹ Aunque como señala G. SCELLE, en los casos más motivados es cuando no se acude a los Tribunales Internacionales, y no se acude porque los Estados prefieren defender, por razones políticas, otro tipo de razones que no son las individuales del expulsado. Vid. G.SCELLE: Precis de Droit des Gens, cit.,T.II, p.109. Así por ejemplo, como señala BLONDEL en la voz "Expulsion", en Repertoire de Droit International, Tomo VIII, p.109, cuando se utiliza la expulsión como forma de extradición encubierta de un extranjero perseguido por motivos políticos. Idea también recogida por SCELLE: cit., p.107, quien señala que la expulsión no debe servir nunca para expulsar a extranjeros que no pueden ser extraditados, bien porque las causas de extradición no les podían ser aplicadas o bien porque de esta forma se evita recurrir a los procedimientos normales de extradición. Tema a su vez ligado con las expulsiones por el sistema de urgencia absoluta, utilizado por Francia para enviar a España a españoles relacionados con la organización terrorista ETA.

⁴⁰ Como señala el Prof. MIAJA de la MUELA: Derecho Internacional Privado II. Parte especial, cit., p.181.

ra eliminar elementos extranjeros que estima indeseables, aunque no hayan cometido ningún delito tipificado en sus leyes penales⁴¹. La doctrina más reciente sigue considerando la expulsión como una facultad discrecional de los Estados, aunque matizada por el mayor arraigo de los Derechos Humanos, que han ido conformado unos límites a los poderes discrecionales de los Estados⁴².

⁴¹ En este sentido Ch. de BOECK en "L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique", en «Rec. des Cours» 1927, T.III, pp.478-479, declara "El fundamento jurídico del derecho de expulsión respecto a extranjeros se encuentra en el derecho del Estado que los ha acogido a prevenirse contra peligros de toda suerte, higiénicos, morales, sociales y políticos a los cuales su presencia en el territorio les exponía".

⁴² Vid.G. GOODWIN-GILL quien considera, después de un análisis de la jurisprudencia actual sobre expulsión, tanto en Estados miembros del Consejo de Europa como ajenos al mismo, que el papel de la expulsión y los límites al poder discrecional de expulsión puede resumirse en los siguientes puntos: 1º) La función de la expulsión es la protección de los intereses esenciales del Estado, además de la preservación del orden público. 2º) A causa de su función debe intentarse no abusar del poder de expulsión. Aunque su fin y propósito se cumplan, el poder debe ser ejercido con buena fe y no por un motivo ulterior, como el genocidio, la confiscación de propiedades, la entrega de un individuo para su persecución o como una represalia ilícita. 3º) La función de la expulsión, junto con el requisito de buena fe, implica, como punto complementario, que la expulsión requiere justificación. El Estado expulsante debe probar una "causa razonable", bien determinando que sus intereses han sido afectados de forma adversa, o bien que existe amenaza para el Orden Público, aunque el Derecho Internacional permite un amplio poder de apreciación a los Estados. Sin embargo, es preciso añadir que el Orden Público es un concepto legal, cuyo contenido debe ser determinado por ley. 4º) El principio de buena fe y el requisito de justificación exigen que los intereses del individuo se tengan en consideración, incluyendo sus derechos humanos básicos, sus intereses personales y familiares y demás relaciones con el Estado de residencia, sus propiedades y cualquier otra legítima expectativa. Todo ello requiere ser ponderado frente a las demandas del Orden Público. 5º) El Derecho Internacional impone como precondition para la validez de una orden de expulsión el requisito de que ésta sea tomada conforme a la ley. Esta norma impone un último requisito, que pueda utilizarse un efectivo recurso por medio del cual el ejercicio ilícito de la discrecionalidad pueda ser recusado. 6º) La expulsión debe ser llevada a cabo conforme los estándares generales que el Derecho Internacional ha establecido para el tratamiento

En el plano convencional encontramos algunas limitaciones a esta competencia estatal, así el artículo 4 del Protocolo nº 4 de la Convención Europea de Derechos Humanos, prohíbe las expulsiones colectivas⁴³, prohibición a su vez recogida en nuestro Ordenamiento Jurídico en el artículo 36.3 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España⁴⁴. En lo que se refiere a expulsiones individuales, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966⁴⁵, lo condiciona "a una decisión adoptada con-
de extranjeros: Se tendrá el debido respeto para con su dignidad personal y sus derechos básicos como ser humano. Cfr. G. GOODWIN-GILL: "The limits of the power of expulsion in public international law", en «The British Year Book of international Law». 1974-75, pp. 154-155.

⁴³ Expulsiones colectivas que por otra parte no son muy raras en países en los que las tradiciones jurídicas están debilmente establecidas, así la realizada en Nigeria, en 1983; en Libia, en 1985 y más recientemente, en mayo de 1989, en Mauritania y Senegal, perspectiva aparentemente distante, que no permite olvidar las patologías europeas de los Balcanes o de los países y colectivos de Oriente Medio.

⁴⁴ La expulsión colectiva fue rechazada por la mayor parte de la doctrina anterior a 1914, pero, tanto durante la 1ª Guerra Mundial, como, en la Segunda, y en el período entre guerras, fue utilizada por todos los países beligerantes. Vid. A.MIAJA de la MUELA: Derecho Internacional Privado, cit., p.182. Aunque quizás en menor medida que en épocas anteriores, ya que como señala SCALLE: Precis de Droit des Gens, cit., p.108, durante la 1ª Guerra Mundial fueron sustituidas en gran medida las expulsiones colectivas por internamientos o asignaciones de domicilio, sobre todo cuando afectaba a personas susceptibles de ser utilizadas por el adversario.

⁴⁵ En el ámbito europeo, la Convención Europea de Establecimiento de 13 de diciembre de 1955 contiene una serie de disposiciones protectoras de los derechos de los ciudadanos de una parte contratante establecidos en el territorio de otra parte: 1ª) Los Estados contratantes no pueden expulsar a un ciudadano de otra parte contratante que lleve establecido en su territorio diez años o más, a no ser por un motivo grave. 2ª) Después de dos años de

forme a la Ley" y, "a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que le asistan en contra de su expulsión"⁴⁶, mientras que la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que la expulsión no debe implicar, en ningún caso, "un trato inhumano"⁴⁷.

En el ámbito de amplia libertad que delimitan estas obligaciones internacionales, el Derecho español tipifica las expulsiones gubernativas y judiciales, siendo ambas reguladas, con pretensión de exhaustividad, en la Ley de Extranjería y su Reglamento de ejecución.

a) - La expulsión gubernativa.

La expulsión gubernativa es considerada en nuestro Ordenamiento como una medida sancionatoria que tiene por objeto obligar a abandonar el Estado Español a los extranjeros que incurran en alguna de las causas residencia, el procedimiento de expulsión, conlleva obligatoriamente la notificación de los motivos de la decisión y una vía de recurso. 3º) La Convención no instaura la libertad de circulación, pues obliga sólo a las partes contratantes a facilitar la entrada en su territorio de los ciudadanos de otras partes y el establecimiento de su residencia prolongada y permanente "en la medida permitida por su estado económico y social".

⁴⁶ Necesidad de motivación y trámite de audiencia del interesado durante la tramitación del expediente recogidos, ambos, en la actual Ley Orgánica 7/1985, en España. Hasta la publicación de esta Ley, en los procedimientos de expulsión, no se concedía audiencia al interesado ni se motivaban las resoluciones que las ordenaban, por considerar que la expulsión estaba sometida al régimen de Procedimientos especiales, sin embargo desde la publicación de la Constitución de 1978, en cuyo artículo 105 se establece la audiencia del interesado, los Tribunales consideraron no conforme a derecho las ordenes de expulsión que eran dictadas sin cumplir estos trámites.

⁴⁷ «Annuaire de la Convention» Vol V, pp. 257 y ss; Vol. VI, pp. 463 y ss.

de expulsión establecidas por Ley, medida que será ordenada, mediante resolución motivada⁴⁸, por el Director de la Seguridad del Estado, quien podrá delegar esta facultad en los Gobernadores Civiles y en los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla⁴⁹.

1) - Ambito subjetivo.

Conforme a las disposiciones de la Ley de Extranjería, la medida puede afectar a cualquier extranjero, independientemente de su edad, situación familiar, laboral o periodo de residencia en España, ya que las disposiciones vigentes no hacen ningún tipo de excepción⁵⁰, indetermi-

⁴⁸ Art. 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985. La resolución que contenga la orden de expulsión deberá estar motivada ya que, según el artículo 29 de la Ley, las resoluciones gubernativas adoptadas en relación con extranjeros deberán cumplir los requisitos exigidos por la Ley de Procedimiento Administrativo, que, conforme ya hemos apreciado señala, en su artículo 43.1 a), que las resoluciones que afecten directamente a un Derecho subjetivo (como lo es el abandonar la residencia en un lugar determinado) será preciso que esten motivados "con sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho". Criterio mantenido por el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuyo art. 52 a) reproduce la referencia a los derechos subjetivos enriqueciéndola con la incorporación de los intereses legítimos.

⁴⁹ Art. 87.4 del R.D.1119/1986. Ha sido delegada la facultad para expulsión de extranjeros, mediante la específica Resolución, a los Gobernadores Civiles o Delegados del Gobierno de Barcelona, Gerona, Madrid, Alicante, Las Palmas, Valencia, Orense, Sevilla, Baleares, Santa Cruz de Tenerife, Málaga, Cadiz Huelva, Pontevedra, Ceuta, Granada, Castellón de la Plana, Almería, Córdoba, Murcia, Albacete, Jaen, Melilla, Tarragona y Huesca.

⁵⁰ Régimen jurídico sobre expulsión, contenido en la Ley de Extranjería del que se excluyen a los refugiados y asilados, cuya especial situación, en lo que se refiere a la medida de expulsión, contenida en la Ley de Asilo y condición del Refugiado de 26 demarzo de 1984, será objeto de posterior consideración.

nación de situaciones subjetivas que contrasta con el pormenorizado detalle con el que son reguladas por normativas nacionales muy próximas a nuestro Ordenamiento Jurídico⁵¹.

⁵¹ A este respecto en Francia se considera que determinados extranjeros, por su edad o vínculos con Francia no pueden ser expulsados, estos extranjeros son: "los menores de 18 años (independientemente de que sus padres sean objeto de una medida de expulsión); los extranjeros que justifiquen residir habitualmente en Francia desde los diez años; los extranjeros que justifiquen residir habitualmente en Francia desde hace más de quince años o de diez años en el caso de que sean titulares de un permiso de residencia; los extranjeros casados hace más de seis meses con un francés o francesa; el extranjero padre o madre de francés residente en Francia, que efectivamente ejerza, aún de forma parcial, la patria potestad y subvencione parte de sus necesidades; los extranjeros titulares de una renta por accidente de trabajo o por enfermedad profesional con un tasa de incapacidad superior al 20% y los extranjeros que residan regularmente en Francia y que no hayan sido condenados, salvo excepciones (proxenetas, contratación irregular de trabajadores inmigrados), a una pena definitiva de prisión cerrada de al menos un año en una sola vez, cualquiera que sea la fecha de la condena, pero sin que esta condena justifique automáticamente la adopción de la medida de expulsión". Estas garantías frente a la expulsión quedan derogadas cuando la expulsión del extranjero se funda en "la necesidad imperiosa para la seguridad del Estado o para la seguridad pública", supuesto en el que la expulsión se tramita por el procedimiento de urgencia absoluta, en estas circunstancias, cualquier extranjero, excepto los menores de 18 años, pueden ser expulsados del territorio nacional francés. Vid. D. TURPIN: "La loi du 2 août 1989 relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France. Ravivage de la loi Pasqua ou esquisse d'une «nouvelle citoyenneté»?", cit., pp. 662-664. En Bélgica, no se podrán ser expulsados del territorio belga, "salvo en caso de atentado grave al orden público o la seguridad nacional": los extranjeros residentes de manera regular ininterrumpida desde hace diez años; el extranjero que cumpla los requisitos legales para adquirir la nacionalidad belga por opción o para recobrar esta nacionalidad; la mujer belga de nacimiento que haya perdido su nacionalidad por matrimonio o como consecuencia de la adquisición por su marido de una nacionalidad extranjera; el extranjero, conyuge no separado de hecho de un belga o una belga; el trabajador establecido e incapaz de trabajar por accidente de trabajo y el trabajador extranjero declarado incapaz para el trabajo por haber contraído una enfermedad laboral en Bélgica. (Art. 21 de la Ley de 15 de diciembre de 1980, sobre entrada, permanencia y salida de extranjeros).

2) - Causas de expulsión de extranjeros del territorio español

Las causas por las que un extranjero puede ser expulsado de España por decisión gubernativa están recogidas en el artículo 26.1 de la Ley de Extranjería, que enumera los motivos por los cuales la presencia de un extranjero en territorio español no es grata. Estos motivos no constituyen ilícitos penales, es decir no son delitos tipificados penalmente, ya que si lo fueran serían castigados como tales por la autoridad judicial, sino que son ilícitos administrativos, cuya sanción se encuentra en el derecho de conservación del Estado, que utiliza esta institución para librarse de los extranjeros que considera indeseables.

Las causas de expulsión determinadas en el artículo 26.1 de la Ley, recogen motivos dispares, que van desde la lucha contra la inmigración clandestina a la protección del Orden Público y la Seguridad nacional, pasando por el fraude a la Administración, estando en algunas de ellas el supuesto de hecho lo suficientemente perfilado para que la potestad de la Administración ante ellas pueda considerarse virtualmente reglada, mientras que otros, al estar más indefinidos, permite entrar en juego la discrecionalidad resolutive de la Administración, a la que se concede un amplio poder de apreciación, también extensible a los demás supuestos, dado que el Reglamento de ejecución de la Ley, en base a la redacción literal del artículo 26.1 de la Ley: "los extranjeros podrán ser expulsados", faculta a la Administración para considerar las diversas causas de expulsión como simples infracciones, que puedan dar origen a una sanción pecuniaria⁵², cuya imposición, por otra parte, impide la instrucción de expedientes de expulsión⁵³.

⁵² Arts. 75.2 y 3 y 76 del R.D. 1119/1986.

A continuación realizamos un estudio pormenorizado de las diversas causas de expulsión, para cuyo análisis contamos con la Doctrina establecida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuyas aportaciones nos permite delimitar el contenido de estos supuestos.

a) - La expulsión por incurrir en el supuesto de "Encontrarse ilegalmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fueran exigibles".

De la redacción de la disposición se deduce que podrá ser aplicada a extranjeros que habiendo entrado de forma legal en el territorio español, hayan pasado a una situación de ilegalidad por no haber realizado las gestiones pertinentes para mantener su situación regular y permanecer legalmente en España, bien por no reunir los requisitos para ello, o bien por otras causas, tratándose por lo tanto de "una permanencia ilegal sobrevenida"⁵⁴.

El principal problema que plantea este supuesto es la falta de matización, pues su redacción literal permite incluir tanto a los extranjeros, que con la simple documentación de entrada pretenden permanecer o establecerse en España, como a aquellos otros, que por cualquier circunstancia hayan dejado de renovar los correspondientes permisos.

Esta imprecisión conceptual del precepto tiene que ser integrada con la previsión establecida por el artículo 11 de la Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana⁵⁵, al disponer sin paliativos que "los

⁵³ Art. 77 del R.D. 1119/1986.

⁵⁴ Cfr. R.A FERRER PEÑA: Los Derechos de los extranjeros en España, cit., p.188.

⁵⁵ Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero.

extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes", imperativo tenor literal que obliga distanciarse de cualquier ambigüedad.

La Doctrina del Tribunal Supremo en la revisión de las resoluciones gubernativas de expulsión motivadas en la irregularidad de la situación del extranjero en España, concede valor determinante al hecho de que el extranjero sujeto a esta medida haya o no realizado actividad tendente a mantener la regularidad de su situación administrativa, procediendo a confirmar la resolución administrativa de expulsión cuando de las actuaciones se deduce la falta de actividad del extranjero. En esta línea, la Sentencia de 12 de Julio de 1989⁵⁶, declara: "las formalidades administrativas a cumplir por subdito extranjero, para no encontrarse ilegalmente en la Nación española reguladas en la Ley Orgánica 7/85, son de inexcusable observancia e insustituibles por otras consideraciones, a fin de no dificultar el control que sobre estas personas se debe tener; y dicho esto, si a la interesada le caducó la autorización de residencia el 17 de abril de 1987, no interesando su renovación, es visto que desde esa

⁵⁶ STS de 12 de julio de 1989, de la que es Magistrado Ponente, con la claridad que le caracteriza, el Sr. ROSAS HIDALGO (RAJ, 5350). En el mismo sentido las STS de 3 de julio de 1987, Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ (RAJ, 5198); 15 de marzo de 1989, Ponente: Sr. FALCON GARCIA (RAJ, 2096); 15 de marzo de 1990, Ponente: Sr. RODRIGUEZ GARCIA (RAJ, 2507); 5 de junio de 1990, Ponente: Sr. DURET ABELEIRA (RAJ, 4694); 29 de octubre de 1990, Ponente: Sr. SANZ BAYON (RAJ, 9041); 20 de noviembre de 1990, Ponente: Sr. GARAYO SANCHEZ (RAJ, 9129) y 24 de enero de 1991, Ponente: Sr. GONZALEZ MALLO (RAJ, 428); todas ellas confirmatorias de la resolución de expulsión, al considerar que la inactividad del extranjero, respecto a su situación administrativa, justifica la medida de expulsión adoptada por la Administración.

fecha se encuentra residiendo ilegalmente en la Nación y fuera de todo control administrativo...; la exigencia de estricto cumplimiento de las formalidades conducentes a la obtención de la autorización de que hemos hecho mérito impide cualquier subsanación al respecto o convalidación, o prórroga de lo concedido; se tiene o no se tiene autorización y nada más, pues nada ni nadie impidió en su momento solicitar prórroga de la concedida, o nueva autorización, lo que la interesada no hizo de propia voluntad manteniéndose al margen de la legalidad por período cercano a un año y en lugar diferente a aquél en el que obtuvo la residencia; así que esta bien acordada su expulsión del territorio nacional con la prohibición de residencia en el mismo, en exigida aplicación de la normativa vigente porque es indudable que no ha renovado su permiso o autorización"⁵⁷.

La voluntad del extranjero se estima probada cuando el interesado tras una permanencia legal en España de 7 años, no pudo solicitar la renovación de sus permisos, por haber perdido su pasaporte, a pesar de contar con la demás documentación necesaria, pues en el momento de la renovación, todavía no le había sido extendido un nuevo pasaporte por su Consulado, a pesar de haberlo solicitado, circunstancias que llevan al Tribunal a considerar la medida de expulsión no conforme a Derecho al estimar, en Sentencia de 18 de marzo de 1991⁵⁸, que "partiendo de estos hechos, debe adoptarse una posición acorde en lo sustancial con el Ministerio Fiscal, a través de una interpretación espiritualista de la Ley Orgánica 7/1985 teniendo en cuenta su finalidad, así como las circunstancias subjetivas del subdito extranjero implicado, que han de conducir a la confirmación de la sentencia apelada, pues sólo con una

⁵⁷ Fto. Jco. 1º de la STS 12 de julio de 1989, cit.

⁵⁸ STS de 18 de marzo de 1991, Ponente: Sr. CANCER LALANNE (RAJ, 2288).

interpretación formalista y literal del art. 26 de la Ley mencionada podría considerarse incluido al Sr. Cheick B. en los supuestos justificadores de la expulsión que le imputan, en cuanto que puede estimarse justificado que ha acreditado una larga y continuada estancia legal en España, cumpliendo los requisitos administrativos, evidenciando una vocación de permanencia y regularización de su situación administrativa, sólo frustrada por un hecho ajeno a su voluntad"⁵⁹.

b)- La expulsión por incurrir en el supuesto de "No haber obtenido el permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con un permiso de residencia válido".

Esta causa de expulsión es una de las respuestas de la Ley de Extranjería diseñada en función de la política de control de trabajadores extranjeros ilegales, que tiene correlativo en la sanción a los empleadores de trabajadores extranjeros que reciben prestaciones laborales sin el correspondiente permiso de trabajo⁶⁰.

En relación con estas dos primeras causas de expulsión, encuadradas dentro de la política de la Inmigración clandestina y que sancionan situaciones de irregularidad administrativa, es obligado señalar que no suelen ser causa habitual de expulsión en otros países de Europa, en donde se reserva la medida de expulsión para situaciones que atenten contra el Orden Público o la Seguridad Pública. Habitualmente, como ya he señalado, el control de la Inmigración clandestina y de las situaciones de irregularidad administrativa se realiza por otra vía, como es la de "reconduit a la frontière", en el que la medida de "devolución" española se

⁵⁹ Fto. Jco. 3º de la STS de 18 de marzo de 1991, cit.

⁶⁰ Art. 28 de la Ley Orgánica 7/1985.

inspira, que no llevan aparejada una prohibición de entrada. Aunque la devolución española cuenta con tan pocas garantías para el extranjero afectado, como ya ha sido constatado, que resulta bastante más satisfactorio desde la perspectiva del respeto a los valores jurídicos, que se utilice una institución como la de la expulsión para obligar a salir a extranjeros que se encuentren en una situación irregular, a pesar de que la medida e expulsión lleve siempre aparejada una prohibición de entrada en España

No obstante, parece desproporcionado a la falta cometida que, en todo caso, se utilicen medidas de expulsión contra estos extranjeros, circunstancia que ya ha sido valorada respecto del caso de permanencia ilegal sobrevenida, al constatar que la Doctrina del Tribunal Supremo exige una clara falta de actividad por parte del interesado, para confirmar las resoluciones de expulsión, posición atenuadora, que tiene su complemento en lo que respecta a esta segunda causa de expulsión, en la constatación de que las Sentencias confirmatorias de las resoluciones de expulsión motivados en la falta de permiso de trabajo, se fundamentan en el reiterado incumplimiento de la obligación de proveerse del correspondiente permiso de trabajo a pesar de lo cual siguen trabajando, En este sentido, la Sentencia de 10 de junio de 1990⁶¹, declara: "los razonamientos del actor, así como las pruebas practicadas en su instancia, no han desvirtuado el hecho que ha motivado la expulsión del mismo, es

⁶¹ STS 10 de junio de 1990, Ponente: Sr. DURET ABELEIRA (RAJ, 4701). Coinciden con la doctrina de esta Sentencia las STS de 28 de enero de 1989, Ponente: Sr. SANCHEZ ANDRADE Y SAL (RAJ, 400); 20 de octubre de 1989, Ponente: Sr. GONZALEZ MALLO (RAJ, 7256); 24 de enero de 1990, Ponente: Sr. CANCER LALANNE (RAJ, 95); 18 de septiembre de 1990, Ponente: Sr. CANCER LALANNE (RAJ, 6951); 23 de enero de 1991, Ponente: Sr. GARAYO SANCHEZ (RAJ, 332) y 7 de febrero de 1991, Ponente: Sr. HERNANDO SANTIAGO (RAJ, 1035).

decir, el trabajo ilegal, ya que la actividad laboral desplegada aparece acreditada por el expediente administrativo e incluso por las propias manifestaciones del interesado, centrada en la explotación de un bar en esta ciudad, amén del reconocimiento de su profesión como boxeador; y este hecho debe estimarse suficiente para considerar adecuados a derecho los actos administrativos impugnados, pues no debe olvidarse que desde el año 1980 el actor residía en España, que obtuvo en 1983 documento unificado, siéndole denegado en 1985, y que en consecuencia se encontraba enterado de la normativa legal y fuera del plazo transitorio concedido por la Disposición Transitoria 2ª de la Ley Orgánica 7/1985".

El problema anejo que plantea la aplicación de la medida de expulsión por situación irregular sobrevenida o por carencia de permiso de trabajo (supuestos a y b del artículo 26.1), es el derivado de la discrecionalidad, falta de coordinación e inercia de la Administración, que, en determinadas ocasiones, haciendo caso omiso a procedimientos en trámite: de residencia, trabajo, regularización..., procede a la expulsión.

El Tribunal Supremo en la valoración de estas situaciones de discrecionalidad administrativa, ha estimado en Sentencia de 10 de noviembre de 1986⁶², que, cuando el extranjero hubiera solicitado su regularización conforme a la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Extranjería, la Administración deberá abstenerse de iniciar cualquier trámite dirigido a ordenar la expulsión del mismo del territorio nacional hasta la resolución del trámite iniciado, reiterando, en esta Sentencia, la Doctrina que reconoce el Derecho a tramitar el procedimiento que en cada caso corresponda⁶³. Doctrina que señala: "Las facultades discrecionales

⁶² STS de 10 de noviembre de 1986, Ponente: Sr. RUIZ SANCHEZ (RAJ, 6646)

⁶³ Problemática que analizo en mi comentario a la Sentencia: "Expulsión de extranjeros y control de la discrecionalidad administrativa" en «RAP», nº 114 (1987), pp.253-256.

de la Administración no se dan en materia de procedimientos, en los que la Administración tiene que someterse, como los administrados, a preceptos legales predeterminados, de tal modo que se puede hablar y afirmar que los administrados tienen derecho al procedimiento con independencia que la materia verse sobre actos más o menos discrecionales"⁶⁴.

En esta misma línea, la Sentencia de 9 de diciembre de 1986⁶⁵, determina que no se puede considerar motivo suficiente de expulsión, el que un extranjero tenga caducado su permiso de residencia en España, cuando haya formulado solicitud de prórroga del mismo, prórroga que sustituye al permiso en si mismo, en tanto no se resuelva denegatoriamente el expediente.

Doctrina jurisprudencial que representa, sin embargo, una solución parcial al problema, pues si bien obliga a la Administración a terminar el procedimiento iniciado, no impide que se inicie el expediente de expulsión una vez denegado el correspondiente permiso por la Administración, no teniendo en cuenta, por lo tanto, el problema que se plantea cuando dichas denegaciones son objeto de recurso ante los Tribunales y al mismo tiempo la Administración procede a la expulsión, motivada en la carencia de los correspondientes permisos. Ante esta situación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, de 26 de octubre de 1990, dictada en proceso por la vía de la Ley 62/1978, declara no conforme a Derecho la expulsión de dos odontólogas argentinas a las que se les había denegado la exención del permiso de trabajo, estando esta denegación en fase de revisión judicial, por la vía ordinaria de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. La

⁶⁴ STS de 13 de noviembre de 1985, Ponente: Sr. ROLDAN MARTINEZ (RAJ, 5358).

⁶⁵ STS 9 de diciembre de 1986, Ponente: Sr. PUJANTE CLARIANA (RAJ, 7117).

Doctrina jurisprudencial considera que la expulsión ha violado el Derecho fundamental a la Presunción de Inocencia, pues estima que dado que la expulsión se basa en conceptos o realidades jurídicas (el permiso de trabajo), la integración del tipo sancionador requiere que el acto administrativo que deniega sea una resolución firme, "es decir, que contra la misma ya no quepa recurso alguno ni administrativo ni judicial", señalando a continuación: "Ciertamente podrá alegarse frente a lo expuesto que estos actos que deniegan el permiso de trabajo o la exención del mismo gozan del privilegio de la presunción de validez y de la ejecutividad inmediata; cierto, pero tratándose del ejercicio de una potestad sancionadora cuyo fin es irrogar un castigo sobre tales presunciones, se sobrepone la presunción de inocencia. Al fin y al cabo aquella presunción de validez se basa en una norma ordinaria, mientras que esta última constituye un derecho fundamental constitucionalmente reconocido, luego más fuerte y enérgico"⁶⁶.

La Sentencia intuye claramente el problema irresoluble que se plantearía si se declarase conforme a Derecho la orden de expulsión impugnada y una vez ejecutada, la Sentencia que resolviese sobre la exención del permiso de trabajo, declarase el derecho de las interesadas a la exención del permiso de trabajo, situación que evidentemente impediría la ejecución de esta última Sentencia, pues las interesadas ya no se encontrarían en España, violando con ello de una forma peculiar, una de las vertientes del Derecho fundamental a la tutela judicial: el derecho a la efectividad de las Sentencias. El análisis de que ha sido objeto esta Sentencia, que es considerada loable y positiva en su fin, ha valorado que aplica el principio de presunción de inocencia no al proceso enjuiciado

⁶⁶ Fto. Jco 10º de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional de 26 de octubre de 1990.

por él, sino a otro diferente, intentando, que la decisión administrativa denegatoria de la exención del permiso de trabajo cuya legalidad se cuestiona en otro proceso deje de ser ejecutiva, es decir pierda el privilegio de veracidad y validez de los actos administrativos legalmente otorgados (arts. 45 y 101 de la LPA) en virtud de un derecho fundamental reconocido constitucionalmente⁶⁷. Esta valoración explícita precisamente la raíz de un problema estructural de nuestro Estado de Derecho, que requiere plantear de verdad, una efectiva planta judicial y un efectivo procedimiento jurisdiccional que permitan ofrecer una verosímil respuesta judicial al control de la actividad administrativa. La transcendencia de esta Sentencia no radica, en nuestra opinión, en el juego del procedimiento administrativo-procedimiento judicial, con ser ello transcendente, sino en la anteposición de las exigencias que imponen los Derechos Fundamentales a las exigencias que puedan derivar de la legislación ordinaria, primacía de los Derechos Fundamentales que incide en el núcleo central de la problemática subyacente.

c) - La expulsión por incurrir en el supuesto de "Estar implicado en actividades contrarias al orden público la seguridad interior o exterior del Estado, o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses de los españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países".

Los supuestos de expulsión transcritos operan en un nivel en el que los aspectos relevantes están determinados por la grave transcendencia

⁶⁷ Vid. J.M TRAYTER: "Denegación de permiso de trabajo y expulsión de extranjeros en España: la excepción de litispendencia en el seno del contencioso-administrativo", en «LA LEY», AÑO XII, nº 2769, p. 3.

que para el Estado Español pueden tener acciones realizadas en el territorio español por extranjeros, hasta el extremo de afectar de modo negativo a la seguridad interior o exterior del Estado, afectar, de modo global, a los intereses de los españoles como comunidad social, o que impliquen perjuicio para las relaciones de Estado Español con otros países. Desde la entidad de estas repercusiones hay que entender que obliga a elevar a ese trascendente nivel de efectos o consecuencias las actividades contrarias al orden público, gravedad que desde premisas de lógica jurídica e institucional parecen afectar al ámbito penal y requerir de sus mecanismos de reacción y protección.

Con la promulgación de la Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, en 1992, es preciso observar dos consecuencias en los supuestos de análisis: uno formal, materializado en el necesario abandono del concepto de orden público para reconducirlo al de seguridad ciudadana, sustitución conceptual que con independencia de los contenidos sustantivos del nuevo texto legal, está afectada por las razones que están expresadas en la Exposición de Motivos de la nueva y controvertida Ley, según la cual la derogación de la Ley de Orden Público de 1959, da oportunidad para calificarla como "emblemática del régimen anterior"⁶⁸. La segunda consecuencia esta materializada en que los supuestos de infracciones graves, regulados en el artículo 23 de la Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana⁶⁹, y que pueden dar lugar, según

⁶⁸ Párrafo 6º de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1992, cit.

⁶⁹ El artículo 23 de la Ley Orgánica 1/1992, establece: "A los efectos de la presente Ley, constituyen infracciones graves: a) La fabricación, reparación, almacenamiento, comercio, adquisición o enajenación, tenencia o utilización de armas prohibidas o explosivos no catalogados; de armas reglamentarias o explosivos catalogados careciendo de la documentación o autorización requeridos o excediéndose de los límites permitidos, cuando tales conductas no sean constitutivas de infracción penal. b) La omisión o insuficiencia en la adopción o eficacia de las medidas o precauciones obligatorias para garantizar la seguridad de las armas o explosi-

establece el artículo 28.3 de la propia Ley, a la expulsión del territorio español, no son asimilables a la transcendencia de los efectos que parecen requerir los supuestos que se identifican con llegar a poner en peligro la entidad del Estado Español.

Desde el tradicional equilibrio jurídico e institucional del Derecho francés, se puede hacer la reflexión que realiza el Consejo Constitucional

vos. c) La celebración de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los artículos 8, 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 11/1983 reguladora del Derecho de Reunión, cuya responsabilidad corresponde a los organizadores o promotores siempre que tales conductas no sean constitutivas de infracción penal. d) La apertura de establecimientos o la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas careciendo de la autorización o excediendo los límites de la misma. e) La admisión en locales o establecimientos de espectadores o usuarios en número superior al que corresponda. f) La celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas quebrantando la prohibición o suspensión ordenada por la autoridad correspondiente. g) La provocación de reacciones en el público que alteren o puedan alterar la seguridad ciudadana. h) La tolerancia de consumo ilegal o tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos. i) El incumplimiento de las restricciones a la navegación reglamentariamente impuestas a las embarcaciones de alta velocidad. j) La alegación de datos o circunstancias falsos para la obtención de las documentaciones previstas en presente Ley, siempre que no constituyan infracción penal. k) La carencia de registros previstos en el Capítulo II de la presente Ley para las actividades con transcendencia para la seguridad ciudadana. l) La negativa de acceso o obstaculización del ejercicio de las inspecciones o controles reglamentarios, establecidos conforme a lo dispuesto en la presente Ley, en fábricas, locales, establecimientos, embarcaciones y aeronaves. m) Originar desórdenes graves en las vías, espacios o establecimientos públicos, causar daños graves a los bienes de uso público, siempre que no constituyan infracción penal. n) La apertura de un establecimiento, el inicio de sus actividades o el desarrollo de su funcionamiento sin autorización o sin adoptar total o parcialmente las medidas de seguridad obligatorias o cuando aquellas no funcionen o lo hagan defectuosamente, o antes de que la autoridad competente haya expresado su conformidad con la mismas. ñ) La comisión de una tercera infracción leve dentro del plazo de un año, que se sancionará como infracción grave.

al declarar: "las medidas de expulsión son medidas de policía a las que se les asigna objetivos diferentes de la represión penal, ninguna disposición de la Constitución y tampoco ningún valor constitucional es obstáculo para que la ley confiera a la autoridad administrativa el poder para ordenar la expulsión basada en hechos cuya naturaleza justifica una condena penal, aún, incluso, cuando no haya sido pronunciado ninguna condena definitiva de la autoridad judicial"⁷⁰. No obstante, tiene que ser, una vez más, la reflexión desde los datos que nos aporta la jurisprudencia la que nos permita apreciar la fenomenología que incorporan los complejos y trascendentes supuestos de análisis.

La Doctrina que el Tribunal Supremo ha elaborado con ocasión de los recursos planteados contra expulsiones ordenadas por la Administración, presenta en su construcción argumental afinidades con la expresada doctrina francesa.

El tipo de actividades que pueden dar origen a la aplicación de una medida de expulsión son enmarcadas por el Tribunal Supremo fuera del ámbito de la represión penal y dentro del Derecho de conservación del Estado, que faculta a la Administración para proceder a la expulsión de las personas cuyas actividades sean contrarias al Orden Público o la Seguridad Nacional, al declarar en Sentencia de 5 de mayo de 1990⁷¹: "en todo caso, la resolución judicial decidiendo concluir el sumario sin inculpación no vincula la actuación de la Administración, y aún suponiendo que su motivación sea la alegada «no aparecer debidamente

⁷⁰ Consejo Constitucional Francés en su Decisión de 9 de enero de 1980. Vid. D.TURPIN: "La Loi du 9 septembre 1986 relative aux conditions d'entré et de séjour des étrangers en France", en «RCDIP». 1986, p.611.

⁷¹ STS de 5 de mayo de 1990, Ponente: Sr. GARAYO SANCHEZ (RAJ, 3776).

justificada la perpetración de delito» es esta una apreciación jurídica que no niega la prueba de los hechos, y éstos, evidentemente, pueden ser valorados por la Administración como constitutivos de una actividad contraria al orden público no constitutiva de delito pero que por su misma definición sí constituya la causa de expulsión del art. 26. 1 c) de la L.O. 7/1985, de 1 de julio [...] Y es evidente que, entre las conductas tipificadas como delito por los arts. 167 y siguientes o 247 y siguientes del Código Penal y las que se califican como actos contrarios al orden público en el art. 2, apartados d), e) e i) de la Ley de Orden Público, existe una zona de inferior gravedad a la necesaria para considerar tales delitos como delictivos pero sin prescindir de su calificación de actos contrarios al orden público. Y en ella puede incluirse la concurrencia de un extranjero a una manifestación que evidentemente incumplía las exigencias mínimas de la L.O. 9/1983, de 15 de julio (sobre el derecho de reunión), art. 8 y siguientes y en la cual se profirieron gritos insultantes para instituciones del Estado, en los cuales intervino el recurrente"⁷².

Derecho de conservación del Estado, que faculta, asimismo, a la Administración para proceder a la expulsión de aquellos extranjeros cuyas actividades sean susceptibles de perjudicar las relaciones de España con otros países pues, como declara la Sentencia de 24 de febrero de 1989⁷³, "las relaciones de cooperación y auxilio internacional entre las

⁷² Fto. Jco 6º de la Sentencia Apelada aceptada por STS de 5 de mayo de 1990, cit.

⁷³ STS de 24 de febrero de 1989, Ponente: Sr. CANCER LALANNE (RAJ, 1148). Los hechos imputados y probados al extranjero, ciudadano británico, eran: condenado en Inglaterra, por un delito de homicidio en calidad de encubridor, figuraba en los archivos policiales ingleses como sospechoso de hallarse relacionado con unos robos a mano armada allí perpetrados, en la casa ceentral de Security Expres y en el Aereopuerto de Londres, en los que respectivamente fueron sustraídos 6 millones de libras y oro por valor de 25 millones de libras, asimismo, tenía en Inglaterra autos pendientes en relación con delitos asociados con la supuesta obtención de pasaportes falsos.

actividades policiales españolas e inglesas se verían dificultadas si las de nuestro país facilitarían la estancia en España de personas implicadas en hechos como los reseñados"⁷⁴.

La aceptación por la Doctrina del Tribunal Supremo, como causa suficiente de expulsión, de actividades enmarcadas en el ámbito del Orden Público pero fuera del ámbito delictivo, exige, sin embargo, a la Administración, que en el ejercicio de la discrecionalidad resolutoria que la Ley le concede para configurar estos supuestos de expulsión, dada la indeterminación con que están redactados, exponga claramente los hechos imputados, permitiendo de ese modo que el extranjero sujeto a una medida de expulsión pueda defenderse adecuadamente, como señala la Sentencia de 18 de mayo de 1990⁷⁵, al declarar: "Pues bien en el acto impugnando no se hace mención alguna de HECHOS IMPUTADOS (sic) concretos sobre los cuales pudiera defenderse el interesado, tanto en vía administrativa como en esta judicial; no existe más que una aseptica referencia al precepto literal de «realizar actividades que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países». Ello no es nada y en todo caso más propio de un considerando de resolución que de un

⁷⁴ Fto. Jco. 2º de la STS de 24 de febrero de 1989, cit. Es preciso señalar que la mayoría de los extranjeros expulsados por la realización de actividades que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países son británicos, esta circunstancia se debe al carácter irretroactivo del Convenio de Extradición entre Gran Bretaña y España de 22 de julio de 1985 (BOE 29 de abril de 1986), que permitía la permanencia en España de ciudadanos británicos, buscado por la policía inglesa por considerarles relacionados con delitos en Gran Bretaña. Al expulsarlo de España se conseguía que estos ciudadanos británicos no tuvieran en Europa un lugar donde residir con tranquilidad.

⁷⁵ STS de 18 de mayo de 1990, Ponente: Sr. DURET ABELEIRA (RAJ, 3999). En el mismo sentido STS 10 de marzo de 1987, Ponente: Sr. RODRIGUEZ GARCIA (RAJ, 1523); de 10 de abril de 1987, Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ (RAJ, 2934) y de 18 de diciembre de 1989, Ponente: Sr. MATEOS GARCIA (RAJ, 8975).

resultando. ¿Como se van a combatir por el afectado unos datos supuestamente acusadores que no le son expuestos? Una resolución, y más una que priva en principio de derechos, debe ser autónoma y contener en si misma datos fácticos que justifiquen la aplicación de la norma, de manera que tan sólo haya necesidad de acudir al examen del expediente o autos para constatar si los hechos que en ella se recogen estan documentados adecuadamente. Debe bastar en principio leer simplemente la resolución para tener muy cumplida noticia de los hechos que justifican para quien resuelve la aplicación de la norma que los contempla. ¿en que consisten según lo resuelto por el Organo de la Administración «las actividades perjudicadas en las relaciones de España con otros paises»?; con que país concreto puede surgir el conflicto? Son preguntas que no tiene respuesta en la decisión recurrida, y deberían tenerla so pena de incurrir en injustificación de la misma"⁷⁶.

La doctrina jurisprudencial y los datos fácticos, obligan a apreciar cierta banalización, por la coyuntura de las relaciones internacionales, de los trascendentes supuestos que la Ley de Extranjería configura más que tipifica. Es la jurisprudencia, desde el buen sentido que siempre aporta la casuística jurídica, la que obliga a que la aceptación como causa de expulsión de extranjeros de la realización de actividades contrarias al orden Público, requiera por parte de la Administración la correcta integración de las circunstancias de hecho en el supuesto jurídico motivador de la expulsión, mediante la clara exposición y prueba de los hechos imputados, al objeto de evitar la indefensión del extranjero sujeto a la medida de expulsión.

No obstante, la construcción jurisprudencial es relativizada, y del mismo modo son relativizados lo supuestos que comentamos de la Ley de

⁷⁶ Fto. Jco. 3º de la Sentencia Apelada aceptada por STS de 18 de mayo de 1990, cit.

Extranjería, como determinantes de la expulsión, por el contenido del artículo 28.3 de la Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, al disponer que "En casos de infracciones graves o muy graves, las sanciones que correspondan podrán sustituirse por la expulsión del territorio español, cuando los infractores sean extranjeros, de acuerdo con lo previsto en la legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros en España". Con este precepto, las autoridades del Ministerio del Interior son habilitadas para estimar la aplicación del régimen sancionador previsto en la Ley de Seguridad Ciudadana o a resolver la expulsión del extranjero implicado del territorio español, que conlleva la paralela secuela, según establece el artículo 36 de la Ley de Extranjería, de prohibición de entrada al menos en tres años. Estos nuevos componentes de discrecionalidad obligan a recordar la exigencia de motivación, como referencia ineludible, y en la que hay que observar que al afectar a un colectivo social, como son los extranjeros, debe superar el ámbito estricto del caso singular, para conectarse con los precedentes o simultáneos, con la finalidad de evitar, en coherencia con el principio constitucional de igualdad y como garantía del buen orden en la gestión de los asuntos públicos, situaciones de desviación de poder de quienes tienen concedida esa facultad discrecional para optar entre la sanción pecuniaria y la expulsión.

d) - La expulsión por incurrir en el supuesto de "Haber sido condenado dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hayan sido cancelados"

Este supuesto de expulsión, cuya finalidad es la de restringir la

presencia en España de delincuentes de cierta entidad, afecta a dos situaciones distintas, en primer lugar, a aquellos extranjeros, que habiendo sido condenados en países extranjeros y no teniendo sus antecedentes penales cancelados, se encuentren en territorio español. En segundo lugar, este supuesto de expulsión afecta a aquellos extranjeros que hayan sido condenados en España a una pena superior a un año, por una conducta dolosa, sin que sus antecedentes penales se hayan cancelado, es decir que la expulsión, en este caso, se puede ordenar durante el periodo que transcurre entre el final del cumplimiento de la pena privativa de libertad hasta la cancelación de los antecedentes penales.

Conforme al artículo 118 del Código Penal, los antecedentes penales se cancelan cuando hayan transcurrido sin delinquir tres años en el caso de que la condena haya sido de prisión, y a los cinco años cuando haya sido de reclusión, siempre y cuando se hayan satisfecho las responsabilidades civiles (cuestión esta que en la práctica no se tiene en cuenta en caso de insolvencia) y se solicite por el propio interesado, ya que si la rehabilitación se realiza de oficio será preciso que transcurra un año más. Lo que, en realidad, significa, que, cuando un extranjero haya cumplido una condena en España, de más de un año de duración por un delito doloso, podrá ser expulsado en el momento mismo en que cumpla su condena y salga de la cárcel, previsión que relativiza los contenidos del artículo 25 de la Constitución, al disponer que la pena privativa de libertad cumple función de reeducación y reinserción social, objetivo que parece no afectar a los extranjeros como consecuencia de los efectos automáticos previstos para la expulsión, y que además, puede suponer una negación del principio de "non bis in idem"⁷⁷, conjunto de referencias

⁷⁷ Vid. al respecto J.A MIQUEL CALATAYUD: Estudios sobre Extranjería, cit. p.276-277 y R.A FERRER PEÑA: Los Derechos de los extranjeros en España, cit. , p. 189. El Principio "non bis in diem" da la ocasión para que A. NIETO señale: "El reflejo de la Constitución (conforme a la interpelación del Tribunal Constitucional) en la legislación parece, pues,

que sólo pueden ser asimiladas desde la consideración de "extraños al Reino", pero que hacen difícil de asimilar estos efectos desde las premisas de Estado de Derecho y su vínculo con los Derechos de la Persona.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el supuesto de extranjero condenado por sentencia de jurisdicción extranjera, en Sentencias de 16 de mayo de 1990⁷⁸ y 24 de octubre de 1990⁷⁹, ambas confirman la medida de expulsión decretada por la Administración, al considerar que se han constatado fehacientemente las condenas impuestas por Jurisdicciones extranjeras "sin que el recurrente haya demostrado la cancelación de tales antecedentes penales, prueba que le correspondía al accionante según las reglas del «onus probandi» al tratarse de un hecho impeditivo y extintivo"⁸⁰.

evidente y dominante aunque no unánime; pero conforme pasan los años se tiene la sensación de que el legislador ya no ve con tanto entusiasmo el principio y se resiste a recogerlo de forma expresa en los textos, y no precisamente por considerarlo innecesario porque hay un indudable cambio de criterio. Hasta tal punto que en la actualidad vivimos otra vez una etapa de oscuridad. Porque ciertamente ya ha desaparecido la animadversión legislativa genérica contra el principio; pero no es menos cierto que ha desaparecido la mentalidad generalizada de su aceptación, que sólo se conserva en la doctrina. La legislación, como acaba de decirse, se ha tornado cauta y hasta reticente. Y lo mismo está sucediendo con la jurisprudencia incluso del propio Tribunal Constitucional. Nuestros Tribunales se mueven con prudencia y han dejado de ser radicalmente abiertos y generosos con el principio: en ocasiones no lo aceptan y, cuando lo hacen, introducen toda clase de restricciones y matizaciones limitativas a través de precisiones técnicas, alguna de subido valor. Hoy, en definitiva, sigue sin poderse hablar de un principio general aplicable a todos los sectores del ordenamiento, como tampoco es lícito generalizar sus efectos". Vid. A. NIETO: "El principio «non bis in idem», en «RVAP», nº 28 (1990), p. 161.

⁷⁸ STS de 16 de mayo de 1990, Ponente: Sr. CANCER LALANNE (RAJ, 4113).

⁷⁹ STS de 24 de octubre de 1990, Ponente: Sr. BURON BARBA (RAJ, 7789).

e) -La expulsión por el supuesto de "Incurrir en demora u ocultación dolosa o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior las circunstancias relativas a su situación de acuerdo con el artículo 14"

Este supuesto recoge como causa de expulsión una simple infracción administrativa, ya que efectivamente el artículo 14 de la Ley establece la obligación de poner en conocimiento de la Administración los cambios de nacionalidad, domicilio o situación laboral, así como la comunicación de cualquier modificación en su situación, cuando sea requerido formalmente, exigencia de requerimiento formal que implica, el adecuado seguimiento por las autoridades administrativas de la situación del extranjero, circunstancia que completa los supuestos especificados, cualificados por la concurrencia de gravedad, y que, en la medida en que consagra un inicial conocimiento de la situación del afectado, hace difícil considerar la entidad del supuesto regulado, como consecuencia de la relativa facilidad con la que los funcionarios actuantes pueden conocer los datos implicados en el supuesto. Opinión que viene ratificada por la Sentencia de 18 de julio de 1988⁸¹, que considera que el extranjero no incurrió en dicha causa de expulsión al no comunicar inmediatamente su cambio de domicilio desde Pons de Albona (Arico) a la Playa de las Américas (Arona), habida cuenta la inmediatez de la zona dentro de la isla de Tenerife y de que a los pocos meses la Guardia Civil conocía el nuevo domicilio del extranjero, "participado en la comparecencia efectuada en

⁸⁰ Fto. Jco. 4º de la STS de 24 de octubre de 1990, cit.

⁸¹ STS de 18 de julio de 1988, Ponente: Sr. MATEOS GARCIA. (RAJ, 5638).

el Puesto correspondiente”.

f) - La expulsión por incurrir en el supuesto de “Carecer de medios lícitos de vida, dedicarse a la mendicidad o desarrollar actividades ilegales”.

La heterogeneidad de los supuestos es la característica de esta previsión; la Ley de Peligrosidad Social desde su obsolescencia o desuso⁸², si se prefiere utilizar los términos con los que la Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana califica a la derogada Ley de Orden Público de 1959, y sin olvidar las dudas sobre su constitucionalidad⁸³, ofrece los contenidos conceptuales que tipifican los supuestos que considera la Ley de Extranjería como causas determinantes de la expulsión. La carencia de medios lícitos de vida, como tipo conexo a la condición de vago habitual y carente de actividad determinante de ingresos económicos regulares o incurso en el desarrollo de actividades

⁸² Remito a la síntesis de antecedentes y encuadre doctrinal que ofrece AGUIRREAZKUENAGA en su obra: La coacción administrativa directa, cit. pp. 187-205.

⁸³ Al respecto las consideraciones de P. MIRALLES SANGRO en “Nota” sobre jurisprudencia de expulsión de extranjeros, en «REDI», 1982, pp. 627-632, donde aprecia la dudosa constitucionalidad de la Ley de Peligrosidad Social señalando que las razones sintéticas de esa aconstitucionalidad de la LPRS son: 1) La aplicación facultativa de la expulsión atenta directamente al principio de legalidad (art. 9.3 y 25 de la Constitución); 2) Su aplicación se realiza a través de una jurisdicción especial, vulnerando así el principio constitucional de unidad de jurisdicción contenido en el artículo 117.5, y 3) Los estados peligrosos de la LPRS susceptibles de serles aplicada la medida de expulsión responden a conductas que simultáneamente pueden ser perseguidas y castigadas en virtud de toda suerte de disposiciones legales y administrativas, además del Código Penal. Con ello se vulnera también el elemental principio de «non bis in idem».

vinculadas a la prostitución, la pornografía, el exhibicionismo, tráfico de drogas, supuestos a los que sería equiparable la situación de ebrio habitual y toxicómano, que por su grado de dependencia carecen de la posibilidad de realizar actividades laborales, profesionales o de gestión para automantenerse, a salvo de que tengan situación de dependencia personal, familiar o institucional que garantice su supervivencia⁸⁴; la mendicidad tipificada como medio de vida habitual, practicada de modo directo o por medio de menores, enfermos, lisiados o ancianos⁸⁵, y finalmente, el desarrollo de actividades ilegales que, en el ámbito estricto de la Ley de Peligrosidad Social, retoma los supuestos de prostitución, pornografía, tráfico de drogas, los que realizan en solitario o en grupo actividades socialmente reprobables por su insolencia, brutalidad o cinismo, la realización en banda o en pandillas de actividades predelictivas, el uso de armas u objetos que por su naturaleza y características denote su presumible utilización como instrumentos de intimidación, coacción o agresión, y los que de modo habitual o lucrativo, faciliten la entrada en el país o la salida de los que no se hallen autorizados para ello⁸⁶. Estos supuestos, que con pretensiones sistemáticas, tendrían que se incrementados con los previstos en la Ley de Seguridad Ciudadana⁸⁷ y con la previsiones de cualquier texto legal que establezca criterios de conducta objeto de sanción administrativa o determinante de actuación penal, no invita sino a detectar la existencia

⁸⁴ Art. 2, Puntos 4º, 5º y 7º de la Ley de Peligrosidad Social.

⁸⁵ Art. 2, Punto 6º de la Ley de Peligrosidad Social.

⁸⁶ Puntos 4º, 5º, 8º, 9º, 10º, 11º y 12º del art. 2 de la Ley de Peligrosidad Social.

⁸⁷ Capítulo IV de la Ley Orgánica 1/1992, arts. 23 a 27.

de una cláusula habilitante en la que cualquier vulneración de norma pueda determinar el ser objeto del procedimiento previsto por la Ley a efectos de sanción, que puede adoptar la forma extrema de expulsión.

La vigencia simultánea de la Ley de Peligrosidad Social y de la Ley de Extranjería, a las que se añaden las reduplicaciones que produce la Ley de Seguridad Ciudadana en los supuestos que tipifica, plantea problemas en el uso de las vías legales, en el uso del procedimiento y en los distintos esquemas normativos que les orienta, desplazados en la Ley de Peligrosidad Social hacia la instrucción judicial⁸⁸ y en las leyes de Extranjería y Seguridad Ciudadana a la instrucción gubernativa.

Como ejemplo del conflicto entre normas puede ser considerada la tipificación como supuesto incurso en peligrosidad social, el ya transcrito que afecta al calificado "tráfico de personas" con fines lucrativos entre fronteras a efectos de eludir los pertinentes controles administrativos. Esta situación, producto de la coyuntura política autoritaria en nuestro país durante el régimen precedente y en el caso de la vecina nación portuguesa, durante la Guerra en Angola, con un activo tráfico de personas a través del territorio español hacia puestos de trabajo en países europeos, tiene su triste retorno en su específica tipificación, con los casos de tráfico en el Sur de Europa, con ciudadanos de países norte y centroafricanos, que tratan de llegar a nuestro país o a otros países europeos, y que son objeto, por nacionales marroquis y españoles, de tráfico irregular en su transporte hacia puntos de entrada irregular a la Península. En estos supuestos, sería de aplicar la Ley de Peligrosidad Social, en coherencia con la tipificación del caso y con la determinante intervención judicial, en lugar de administrativa, y en

⁸⁸ Art. 8 de la Ley de Peligrosidad Social y art. 27.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

conflicto con acciones gubernativas tratadas por la Ley de Extranjería.

Salva el conflicto de normas la obsolescencia de la Ley de Peligrosidad Social, aunque la incoherencia normativa queda de manifiesto, en particular, cuando la reciente tramitación parlamentaria de la Ley de Extranjería y la aún más reciente tramitación de la Ley de Seguridad Ciudadana, que no olvida la vigencia de la Ley de Peligrosidad Social, tendrían que haber evitado esta situación de duplicidad.

En esta línea el Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de marzo de 1987⁸⁹, considera que "es claro que la mera sospecha acerca de la comisión de unos hechos delictivos no son suficientes para destruir la presunción de inocencia ni para fundamentar, por consiguiente la realización de actividades ilegales. Prueba de ello es que, si aquellos hubiesen tenido alguna entidad habría sido obligada la denuncia a la autoridad judicial, quedando entonces subordinada la expulsión a la autorización del Juez en los términos que previene el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985"⁹⁰

En esta Sentencia se expresa, con claridad, el criterio, según el cual, si los hechos, "ilícitos o "ilegales" con los que la Administración motiva su expulsión, no están suficientemente probados, se produce una vulneración del Principio de Presunción de Inocencia, reconocida con carácter de Derecho de la Persona en el artículo 24.2 de la Constitución, y cuya aplicación en el campo del Derecho Administrativo Sancionador exige la doctrina del Tribunal Constitucional en Sentencias de 2 de julio de 1982 y 14 de junio de 1985, siendo misión de los Tribunales comprobar "si existe en las actuaciones administrativa una actividad probatoria de

⁸⁹ STS de 18 de marzo de 1987, Ponente: Sr. RODRIGUEZ GARCIA. (RAJ,1531).

⁹⁰ Fto. jco 2º de la STS de 18 demarzo de 1987, cit.

cargo susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia"⁹¹.

Labor que lleva a cabo el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de noviembre de 1986⁹² que señala que, si bien la expulsión está basada, entre otras causas, en el desarrollo de actividades ilícitas "pero de ello no hay prueba en el expediente administrativo. La Administración se basó en un informe policial...que solo formula dudas acerca de la conducta de D.M. B., pues dice «por ejemplo...» todo lo cual, como puede comprenderse no es suficiente para concluir que el actor haya venido realizando actividades ilegales, y por lo tanto, tampoco concurre esta causa de expulsión en la que se basó el acto administrativo que se recurre". En línea coincidente la citada Sentencia de 18 de marzo 1987⁹³ señala que "es claro que las meras sospechas acerca de la comisión de hechos delictivos no son suficientes para destruir la presunción de inocencia, ni para fundamentar, por consiguiente, la realización de actividades ilegales". Criterio ratificado en Sentencia de 18 de septiembre de 1987⁹⁴ en la que se considera que "un sólo acto de prostitución no es suficiente para deducir una dedicación a la misma como medio de vida, como ha hecho la resolución impugnada, y se ha vulnerado el artículo 24 de la Constitución en cuanto a la presunción de inocencia"

El Tribunal Supremo neutraliza con efectividad las prácticas

⁹¹ STS de 18 de marzo de 1987.cit.

⁹² STS de 10 de noviembre de 1986, Ponente: Sr. RUIZ SANCHEZ (RAJ, 6646).

⁹³ STS de 18 de marzo de 1987, cit. En el mismo sentido STS de 9 de diciembre de 1986, Ponente: Sr. PUJANTE CLARIANA (RAJ, 7117); STS de 18 de mayo de 1990, Ponente: Sr. DURET ABELEIRA (RAJ, 3997) y otra de 18 de mayo de 1990, Ponente: Sr. SAN BAYON (RAJ, 4097).

⁹⁴ STS de 18 de septiembre de 1987, Ponente: Sr. SANCHEZ ANDRADE (RAJ, 6072).

administrativas discrecionales, al declarar, de modo reiterado, que los extranjeros están efectivamente amparados por la presunción de inocencia recogida en el artículo 24 de la Constitución y, que por lo tanto, han de ser probados suficientemente los hechos que se le imputan al extranjero objeto de la medida de expulsión, no admitiendo presunciones, indicios o sospechas como motivos suficientes en los que basarla⁹⁵.

Sin embargo, la exigencia por parte de los Tribunales de que las expulsiones basadas en actividades ilegales o ilícitas hayan de estar suficientemente probadas, no soluciona el problema planteado al inicio. ¿Pueden ser aceptadas estas causas de expulsión como legítimas?. Retomando la idea expuesta, si las actividades ilegales o ilícitas están suficientemente probadas, serán entonces constitutivas de un delito tipificado en la Leyes, y por lo tanto, conocidas y juzgadas por los Tribunales, mientras que si no lo están, sino que sólo son indicios o sospechas, según la Doctrina del Tribunal Supremo no pueden ser causas de expulsión, llegando entonces a la conclusión que tal causa de expulsión queda totalmente vacía de contenido.

La opinión expuesta parece avalada por el hecho de que la confirmación por el Tribunal Supremo de resoluciones de expulsión basadas en este supuesto, implican que el extranjero sujeto a la medida de expulsión se encuentra, además, en situación irregular en España, por no contar con el preceptivo permiso de residencia o de trabajo, por lo que inciden sobre él dos supuestos de expulsión, la reiterada irregularidad en su situación administrativa, que conforme a la Doctrina establecida y ya estudiada, permite la expulsión de España, a la que hay que sumar la

⁹⁵ En este sentido, mi trabajo: "Expulsión de extranjeros y control de la discrecionalidad administrativa", cit., p.254.

carencia de medios lícitos de vida, como circunstancia agravante de su situación. Como declara la Sentencia de 24 de julio de 1990⁹⁶, al confirmar la resolución de expulsión "en el caso presente, la recurrente según confiesa, se halla en España desde 1981 y, aunque formuló en 1983 una solicitud de permiso que le fue otorgada por tres meses no acredita que nunca más desde entonces le fuera renovado tal permiso. Por otra parte, confiesa asimismo (y no en un proceso penal sino en diligencias administrativas sustanciadas por la Policía) que no tiene otro medio de vida en España que el ejercicio de la prostitución. Y en club donde, según diligencias aportadas se llevaba a cabo este tráfico con varias mujeres extranjeras es donde fue detenida en el curso de unas actuaciones que produjeron la clausura del mismo y la detención de los dueños o titulares del establecimiento"⁹⁷.

g) Valoración de la Doctrina del Tribunal Supremo sobre las causas de expulsión de extranjeros.

La Jurisprudencia reseñada nos permite apreciar los principales puntos de incidencia de la Doctrina del Tribunal Supremo en orden a la configuración de las diversas causas de expulsión:

- La exigencia de una actividad probatoria por parte de la Administración, dado el carácter de sanción de la medida de expulsión, que en los supuestos que permitan un mayor ejercicio de la discrecionalidad valorativa de la Administración, exige, asimismo, una exposición clara y

⁹⁶ STS de 24 de julio de 1990, Ponente: Sr. GONZALEZ MALLO (RAJ, 6339), En el mismo sentido STS de 22 de abril de 1989, Ponente: Sr. GONZALEZ MALLO (RAJ, 3135) y de 24 de julio de 1990, Ponente: Sr. CANCER LALANNE (RAJ, 6340).

⁹⁷ Fto. Jco. 3ª de la Sentencia Apelada de la STS de 24 de julio de 1990, cit.

precisa de los hechos imputados, con objeto de garantizar la adecuada defensa de los extranjeros sujetos a la medida de expulsión, en aplicación del Derecho fundamental de la persona a la presunción de inocencia.

- La modulación de los supuestos de hecho configuradores de la medida de expulsión por irregularidad administrativa, mediante la apreciación de la actividad o inactividad del extranjero en referencia a la regularización de su permanencia o situación laboral.

- La aceptación como causa de expulsión de actividades contrarias al Orden Público y a la Seguridad del Estado, enmarcadas fuera del ámbito penal, y dentro del Derecho de conservación del Estado.

- La admisión de uso del procedimiento de expulsión en lugar del procedimiento de extradición por carencia de Tratado y con apoyo en el supuesto perjuicio de las relaciones de España con otros países.

- La neutralización de los supuestos de expulsión por carencia de medios lícitos de vida, ejercicio de la medicidad o desarrollo de actividades ilegales, al reconvertirlas en causa agravante de la presencia irregular en España o bien exigir su derivación, mediante la adecuada actividad probatoria, a ilícitos penales, que precisan del correspondiente enjuiciamiento penal.

Los puntos expresados son una afortunada muestra del efectivo control de los Tribunales sobre la actividad administrativa en el ámbito de la extranjería, con una ejemplar elaboración doctrinal que contribuye a consolidar la realidad de nuestro Estado de Derecho y cuyas construcciones se distancian del restrictivo tenor literal de los supuestos legales de expulsión para conectar con los principios jurídicos de nuestro Ordenamiento, y muy en particular, con los Derechos de la Persona desde el determinismo constitucional del Derecho a la Defensa que, al tiempo

que exige rigor en las actuaciones procedimentales de la Administración, contribuye a relativizar la transcendencia jurídica de la distinción entre nacional y extranjero.

El análisis jurisprudencial es, no obstante, sólo una parte de los datos a integrar en relación con las actuaciones administrativas que difícilmente pueden ser objeto de control jurisdiccional, como es el caso de la sustitución de la expulsión por sanciones pecuniarias, ámbito de discrecionalidad, que tiene una incidencia favorable sobre sectores muy específicos de extranjeros, que requeriría una adecuada formalización procedimental y que, por su transcendencia, debería haber sido objeto de adecuado desarrollo reglamentario.

3) - Procedimiento de expulsión.

La Ley de Extranjería establece dos procedimientos distintos para la tramitación de los expedientes de expulsión, dependiendo de los supuestos del artículo 26.1 en que esté incurso el extranjero objeto de la medida: un procedimiento sumario⁹⁸ y otro ordinario, que también se aplicará a los demás expedientes sancionadores⁹⁹

a.- La aplicación de la premisa constitucional de audiencia del interesado y la motivación de la resolución de expulsión.

La novedad más trascendente aportada por la Ley de Extranjería a los procedimientos de expulsión ha sido la inclusión de la obligatoriedad

⁹⁸ Art. 30 de la Ley Orgánica 7/1985.

⁹⁹ Art. 31 de la Ley Orgánica 7/1985.

del trámite de "audiencia del interesado"¹⁰⁰, en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 105 c) de la Constitución. Imperativo constitucional que desde la entrada en vigor de la Constitución y hasta la publicación de la Ley, ya dió lugar a una abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en contra de actuaciones de la Administración que omitían sistemáticamente dicho trámite -particularizado en el artículo 91 de la LPA- en el procedimiento de expulsión, alegando para ello, que los procedimientos de extranjería eran procedimientos especiales, por lo que no era preciso cumplirlo. El Tribunal Supremo consideró, en Sentencias de 22 de septiembre de 1981, de 22 de enero de 1982, 14 de junio de 1982 y 21 de enero de 1983¹⁰¹ que, de la aplicación de los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución de 1978 y del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰², se deducía que las ordenes de expulsión tomadas por la Administración sin cumplir el trámite de "audiencia del interesado" habían sido tomadas de un modo que se puede considerar viciado, por infracción del procedimiento, vicio que provoca la nulidad y, por lo tanto, la necesidad de reponer las actuaciones al momento de la infracción del principio por parte de la Administración¹⁰³.

¹⁰⁰ Art. 29.2 *in fine* de la Ley Orgánica 7/1985.

¹⁰¹ STS de 22 de septiembre de 1981, Ponente: Sr. DIAZ EIMIL (RAJ, 3744); de 22 de enero de 1982, Ponente: Sr. DELGADO IRRIBARREN (RAJ, 202), de 14 de junio de 1982, Ponente: Sr. GORDILLO GARCIA (RAJ, 5410) y de 21 de enero de 1983, Ponente: Sr. RODRIGUEZ HERMIDA. (RAJ, 829).

¹⁰² El art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril), reconoce expresamente el derecho a la "audiencia del interesado" para los extranjeros sometidos a trámite de expulsión "a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello"

¹⁰³ Vid. J.F. FONT MARQUEZ: Procedimiento administrativo sancionador y Derecho de

El Director de la Seguridad del Estado¹⁰⁴ es la autoridad que tiene atribuida la competencia para decretar la orden de expulsión de ciudadanos extranjeros de España, orden de expulsión que ha de hacerse mediante resolución motivada, según se deduce del artículo 29.2 de la Ley de Extranjería que establece: "Las resoluciones gubernativas adoptadas con relación a los extranjeros habrán de dictarse y notificarse de acuerdo con los requisitos exigidos en la Ley de Procedimiento Administrativo...", Ley, que, en el referido artículo 43.1 a), establece que los actos de la Administración que afecten a Derechos subjetivos han de ser motivados, y dado que la expulsión del territorio español efectivamente afecta (de modo negativo) a un Derecho subjetivo, el de Libre Circulación y elección de residencia, reconocido en el art. 6 de la Ley de Extranjería para los "extranjeros que se hallen legalmente" en España, el acto que contenga la orden de expulsión habrá de ser motivado "con una sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho"¹⁰⁵. La Jurisprudencia ha contribuido a la aplicación de tan claros principios y de tan precisos preceptos jurídicos y ha neutralizado las prácticas administrativas que han intentado conectar con la figura del acto político como referencia para ofrecer cobertura a resoluciones administrativas sobre expulsión de extranjeros: "No es posible jurídicamente calificar como acto político del Gobierno que afecte a la Seguridad interior del Estado o a la relaciones internacionales, el acuerdo aislado de expulsión de un extranjero, por extranjería, en «REDA», nº 38 (1983), pp. 435-438.

¹⁰⁴ Art. 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, autoridad que podrá delegar dicha función en los Gobernadores Civiles y en los Delegados del Gobierno de Ceuta y Melilla.

¹⁰⁵ Art. 43.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo

hechos totalmente ignorados y tomado por un Director General, que no es, precisamente, el Gobierno"¹⁰⁶.

Sin embargo, el problema que plantea la motivación en los procedimientos de expulsión, no se centra sólo en la motivación de la resolución de expulsión, sino en la motivación de la propuesta de expulsión, sobre todo en el procedimiento sumario como veremos a continuación.

b.- Procedimiento sumario de expulsión: la motivación de la propuesta de expulsión y el internamiento y su adecuación a las exigencias constitucionales.

Según establece el artículo 30.1 de la Ley de Extranjería la tramitación de los expedientes de expulsión, tendrá carácter preferente y se desarrollaran de forma sumaria cuando el extranjero este incurso en alguno de los siguientes supuestos: a) "encontrarse ilegalmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fueran exigibles"; c) "estar implicado en actividades contrarias al orden público la seguridad interior o exterior del estado, o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses de los españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países"¹⁰⁷, y f) "carecer de medios lícitos de vida,

¹⁰⁶ Fto. Jco. 1º de la STS de 21 de abril de 1987, Ponente: Sr. FALCON GARCIA, (RAJ, 2986).

¹⁰⁷ En Francia cuando cuando la expulsión del extranjero se realice "por necesidad imperiosa para la Seguridad del Estado u Orden Público", se puede aplicar el procedimiento sumario de urgencia absoluta, conforme al arts. 23 a 26 de la Ordennance de 1945, redacción introducida por la Ley de 9 de septiembre de 1986 y completada por la Circulaire nº 86-125, de 14 de marzo de 1986. Vid. J.M. MARCHAND: «Recueil Periodique de Juris Classeur. Droit

dedicarse a la mendicidad o desarrollar actividades ilegales".

La tramitación del expediente de expulsión por el procedimiento sumario neutraliza parcialmente las garantías del extranjero ante un procedimiento sancionador, pues limita la actividad instructora "cuando, de las investigaciones practicadas, se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión", al traslado de la propuesta de expulsión, "motivada y por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado en el plazo de cuarenta y ocho horas"¹⁰⁸. Circunstancia que exigiría una motivación suficiente de la propuesta de expulsión, dado que no se da vista de todo el expediente como prevé la Ley de Procedimiento Administrativo, para los procedimientos sancionadores, sin embargo, la práctica habitual es que la Administración motive estas propuestas de expulsión con la simple reproducción literal de la causa de expulsión, base de la propuesta.

Reproducción literal, que es considerada como motivación suficiente por la Doctrina del Tribunal Supremo, siempre y cuando, el extranjero sea informado de los hechos que se le imputan en su comparencia ante la autoridad gubernativa y pueda alegar a su favor lo que estime oportuno, durante el trámite de audiencia del interesado, rechazando, en consecuencia, la alegación de indefensión, como específicamente señala la Sentencia de 29 de octubre de 1990¹⁰⁹, al declarar: "La parte recurrente alude a la infracción del art. 24.2 de la Constitución y a la falta de motivación de la propuesta de expulsión contenida en el folio 14 Administratif». 1987.4. Fasc. 235.

¹⁰⁸ Art. 30.2 de la Ley Orgánica 7/1985.

¹⁰⁹ STS de 29 de octubre de 1990 (RAJ, 9041), cit. En el mismo sentido STS de 5 de junio de 1990 (RAJ, 4694), cit.

del expediente, con infracción de lo previsto en el art. 43.1 de la LPA; lo que acarrearía la nulidad del expediente, pero ello no puede ser estimado en primer lugar porque como tiene repetidamente declarado la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, las irregularidades procedimentales, para producir efectos anulatorios pretendidos, han de ser valorados como generadores de auténtica y real indefensión del interesado. Ciertamente que la propuesta del folio 14 citado, no es precisamente un modelo de exactitud y precisión, pero en ella se expresa claramente que la contemplada expulsión se articula en base a los apartados A, D, y F del art. 26.1 de la L.O. 7/85, siendo de recalcar que desde la primera declaración del recurrente, este estuvo asistido del letrado, e intérprete, se le informó de los cargos formulados, así como se participaron su derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a no contestar sino ante el Juez, concediéndosele a partir del día siguiente al de la notificación el plazo de 48 horas, previsto en el art. 30.2 de la L.O. 7/85 de 1 de julio, para presentar cuantos documentos justificantes y alegaciones estimase pertinentes, como así lo cumplimentó presentando escritos de su padre y de su novia o compañera, firmando la notificación y su afirmación de quedar enterado, juntamente con su letrado"¹¹⁰

La doctrina expuesta se mantiene también en los casos en los que la propuesta de expulsión se base en una determinada causa y la resolución de expulsión en otra distinta, siempre y cuando el extranjero se de por informado y hubiera tenido la oportunidad de alegar los que estimase conveniente, en el trámite de audiencia del interesado, como al efecto declara la Sentencia de 24 de enero de 1990¹¹¹: "En la tramitación del

¹¹⁰ Fto. Jco 4º de la STS de 29 de octubre de 1990, cit.

¹¹¹ STS de 24 de enero de 1990, cit. En el mismo sentido la STS de 22 de mayo de 1987,

expediente no se produjeron las vulneraciones alegadas por el actor, pues si bien es cierto que en el documento de incoación del expediente de expulsión, sólo se citaba el apartado f) del art. 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, relativo a carecer de medios legales de vida, no lo es menos que en el cuerpo de ese mismo escrito se hacía expresa referencia a que la ilegalidad de la estancia en España derivaba, de tal hecho, «por encontrarse trabajando sin el correspondiente permiso de Trabajo y Residencia», hasta tal punto que al contestar el actor al traslado de este escrito, hace manifestaciones referentes a dichos permisos de trabajo y residencia; aparte de que en el escrito de interposición de la reposición contra la resolución sancionadora, en la que se había hecho una inequívoca alusión a los apartados a) y b) del precepto citado el actor alegó lo que estimó oportuno sobre tales particulares. Ello demuestra que no llegó a producirse indefensión vulneradora del art. 24 de la Constitución”¹¹².

En consonancia con esta postura, la reproducción literal de la causa de expulsión es considerada motivación insuficiente por la Doctrina del Tribunal Supremo al considerar que produce la indefensión, cuando el extranjero no reciba ningún tipo de información sobre los hechos que se le imputan, como estima en Sentencia de 10 de abril de 1987¹¹³, que declaró nula la orden de expulsión decretada al ciudadano libio D. Milad E.O., ordenada en base “«a que se encontraba implicado en actividades contrarias a la Seguridad interior y exterior del Estado, realizando

Ponente: Sr. MATEOS GARCIA (RAJ, 3429).

¹¹² Fto. Jco. 3º de la STS de 24 de enero de 1990, cit.

¹¹³ STS de 10 de abril de 1987 (RAJ, 2934), cit. En similar sentido se pronuncian las STS de 10 de marzo de 1987 (RAJ, 1523), cit. y de 18 de mayo de 1990 (RAJ, 3399), cit.

acciones que perjudican los intereses españoles», sin que el acto administrativo contenga otras precisiones y sin que aparezca en el expediente elementos de hecho en que se apoyen tales afirmaciones, limitándose el referido expediente a recoger la propuesta y el acto de expulsión, ni tampoco aportándose pruebas en el proceso contencioso". Como consecuencia de estos antecedentes, el Tribunal Supremo considera que dicha expulsión supone "una vulneración del Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución", derecho que, por otra parte, pueden invocar no sólo los españoles (como alegaba el Letrado del Estado), sino también los extranjeros, como el Tribunal Constitucional ha reconocido en Sentencia de 30 de septiembre de 1985, en la que declara que "la extranjería es inoperante para el artículo 24 de la Constitución y que, aunque el disfrute de sus derechos y libertades, puede atemperarse a los Tratados y a la Ley interna, no lo es para todos los derechos, sino para los que se refieren a los ciudadanos, pero no para los Derechos como tal persona, inherentes a la dignidad humana". Conclusión a la que también llega "interpretando el artículo 24.1 de la Constitución según el artículo 10.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 6.1 del Convenio de Roma y, el 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

Doctrina que mantiene, incluso, cuando la Administración alega en su favor el contenido del artículo 29.3 de la Ley de Extranjería, que neutraliza parcialmente la exigencia de motivación al señalar "no será necesario que los acuerdos de imposición de sanciones especifiquen aquellas circunstancias cuyo conocimiento ponga en peligro la seguridad interior o exterior del Estado", pues como declara en Sentencia de 10 de marzo de 1987¹¹⁴, este precepto si bien "hay que entender autoriza

¹¹⁴ STS de 10 de marzo de 1987 (RAJ,1523), cit. y de 10 de abril de 1987. (RAJ,

también a limitar la motivación de la propuesta", no exime a la Administración para prescindir de toda motivación de estas propuestas, siendo preceptivo como es el trámite de audiencia del interesado, pues "este trámite esencial, sobre todo en el procedimiento sumario, queda degradado y convertido en una mera formalidad administrativa si en él no se hace mención mínima pero suficiente, de los hechos que, a juicio de la autoridad gubernativa, justifican la oportunidad de proceder a la expulsión del sometido a expediente, lo que no se opone a lo estatuido en el artículo 29.3 que no faculta para omitir la integridad de los hechos imputados sino solo «aquellas circunstancias cuyo conocimiento ponga en peligro la Seguridad interior o exterior del Estado»"¹¹⁵.

Doctrina que vincula el Derecho a la Defensa al conocimiento de los hechos en la tramitación del expediente, procediendo a la convalidación de la falta de motivación de la propuesta de expulsión, cuando el extranjero haya contado con la información suficiente para poder alegar lo que estime oportuno en su defensa en el trámite de audiencia del interesado, aún en el supuesto, de que el expediente de expulsión fuese incoado en base a una causa de expulsión y tomada la resolución en base a otra distinta.

Llevado a cabo el trámite de audiencia del interesado, si una vez examinadas las alegaciones en contra de la expulsión presentadas por el extranjero, la autoridad competente considera que existen motivos suficientes para llevar a cabo dicha expulsión, el Director de la Seguridad del Estado o autoridad en quien haya delegado, ordenará la salida del extranjero mediante resolución motivada, que deberá ser notificada por 2934), cit.

¹¹⁵ Fto. Jco. 3º de la STS de 10 de marzo de 1987, cit.

escrito al extranjero, procediéndose a la ejecución de la medida de expulsión de forma inmediata¹¹⁶.

Durante la sustanciación de este procedimiento sumario, la Ley de Extranjería autoriza a tomar una medida de seguridad de carácter cautelar como es la detención e internamiento¹¹⁷. Detención preventiva que, según el tenor del artículo 26.2 de la Ley de Extranjería, se llevará a cabo por la autoridad gubernativa, quien "se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, en el plazo de 72 horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o locales que no tengan carácter penitenciario",

¹¹⁶ Artículo 30.3 de la Ley Orgánica 7/1985. El periodo de tiempo que se le concede a los extranjeros cuando la expulsión se tramita por el procedimiento de urgencia, no viene recogido ni en la Ley ni en el Reglamento, pero al señalar que ha de ejecutarse de forma inmediata, puede deducirse que será dentro del plazo de 72 horas siguientes a la notificación de la expulsión, que es el periodo de tiempo mínimo que se concede a los extranjeros expulsados conforme al procedimiento ordinario.

¹¹⁷ El internamiento es una copia del "maintien" francés introducido por la Ley Bonnet, posteriormente modificado por la Ley de 29 de octubre de 1981, que introduce un artículo, 35 bis, en la Ordennance de 1945, y que tiene en cuenta las indicaciones del Consejo Constitucional en su Decisión sobre la Ley Bonnet de 9 de enero de 1980. En la actualidad esta medida de "maintien" se puede aplicar a aquellos extranjeros que hayan sido objeto de una medida de "reconduit a la frontière" o, de expulsión administrativa o judicial. Para llevar a cabo dicha medida hace falta la decisión motivada del Comisario de la República y, sólo se puede aplicar por necesidad absoluta y durante el tiempo estrictamente necesario (pudiendo durante el mismo comunicarse el extranjero con el exterior), debiendo ser informado el "Procurateur" de la República inmediatamente, pasadas 24 horas, la prórroga de dicha detención solo podrá hacerla el Presidente del Tribunal de Gran Instancia o un Magistrado designado por él, aunque nunca podrá ser prorrogado por mas de siete días. El Consejo Constitucional anuló la posibilidad de ampliar el plazo de detención otros tres días más en su Decisión de 3 de septiembre de 1986. Cfr. D. TURPIN: "La loi du 9 septembre 1986 relative aux conditions d'entre et séjour des étrangers en France", en «RCDIP». 1986, p. 610-611.

dando asimismo cuenta de la medida al Consulado o Embajada del país del extranjero y al Ministerio de Asuntos Exteriores. La medida de internamiento no puede prolongarse mas allá del tiempo imprescindible para la práctica de la expulsión, y no puede exceder de 40 días en ningún caso. En el supuesto de aplicarsele la medida de detención preventiva, el extranjero afectado puede ser asistido por un letrado y un interprete si no comprende el español¹¹⁸, para cumplimentar el trámite de audiencia del interesado, que podrán ser designados de oficio si el extranjero carece de medios económicos¹¹⁹.

Esta medida de detención preventiva ha sido muy criticada desde el momento de la publicación de la Ley, las críticas han llegado desde diversos sectores, pues hay que tener en cuenta que al llevarse a cabo dicha medida en establecimientos que no tuvieran caracter penitenciario y dada la falta de infraestructura específica que existe en España para llevar a cabo dicha detención, los extranjeros detenidos preventivamente, lo eran habitualmente en los calabozos de las comisarías, que no están preparadas para albergar a estas personas durante varios días, con lo cual se han producido situaciones sanitarias y físicas lamentables¹²⁰.

¹¹⁸ Derecho a ser asistido por letrado e interprete de oficio, reconocido no sólo para los procedimientos judiciales, sino también en la vía administrativa para todos los extranjeros por Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1988, de 9 de abril. Magistrado Ponente: Sr. VEGA BENAYAS. Jurisprudencia Constitucional 1988, T XX, pp. 854-862.

¹¹⁹ Artículo 30.2 de la Ley Orgánica 7/1985.

¹²⁰ En la actualidad, con vistas a paliar en parte esta situación, han sido abiertos Centros de Detención de extranjeros, en Moratalaz (Madrid) y en Valencia, Zaragoza, Málaga y Cadiz. La mayoría de ellos cuentan con habitaciones individuales o familiares (para el caso de que el extranjero tuviera familia a su cargo) y cuentan con asistencia médica a cargo de la Cruz Roja.

Sin embargo, las críticas mas graves, de las que se hizo eco el Defensor del Pueblo, se referían a la dudosa constitucionalidad de la medida de detención preventiva e internamiento del extranjero durante la sustanciación del procedimiento sumario de expulsión¹²¹. El Defensor del Pueblo interpuso Recurso de Inconstitucionalidad¹²² con fundamento en

¹²¹ Art. 25.3 de la Constitución, que la doctrina había entendido derogaba la detención preventiva en centros penitenciarios de extranjeros sujetos a una medida de expulsión, prevista en el Decreto 522/1974 de 14 de febrero, que contenía las disposiciones vigentes en la materia hasta la entrada en vigor de la Ley 7/1985. En sentido contrario, la Fiscalía General del Estado en su Consulta 1/1979, de 12 de enero, sostuvo que estas normas "...habrían de mantener su plena vigencia, pues de otra forma se crearía un vacío legal, inadmisibles en un Estado de Derecho que tiene sobrados mecanismos para integrar eventuales carencias en la legislación positiva". Sin embargo, según criterio de J. A BELLOCH "resulta sorprendente comprobar que en esta materia la Ley de Extranjería empeoró la situación anterior, pues en efecto, y pese a la normativa legal, lo cierto es que la Circular de la Comisaría General de Documentación de 27 de septiembre de 1982, sobre la problemática de las expulsiones y que contiene las instrucciones siguientes: «...durante el trámite de expulsión no se ingresará en prisión a aquellos extranjeros que, careciendo de antecedentes desfavorables, tengan domicilio conocido, presenten poca o nula peligrosidad y los motivos de la propuesta sean por infracción de la normativa de extranjería... pudiéndose si se estima oportuno, someter a los extranjeros a presentaciones en las dependencias policiales». Ciertamente tal Instrucción, cuya importancia -aunque no tenga valor normativo- no cabe desdeñar por cuanto supone un mandato generalizado a cumplir por las instancias inferiores, era mucho más avanzada que la L.O.E., que volvió a tipificar la detención e internamiento por infracciones de la normativa de extranjería y por causa tan vagas como las ya indicadas". Víd. J. A. BELLOCH: "Los derechos del «extranjero»: el internamiento preventivo y su homologación judicial", en Privación de Libertad y Derechos Humanos, Jornadas organizadas en Barcelona el 17 y 18 de mayo de 1986, por Jueces para la Democracia, Barcelona 1987, p. 26.

¹²² Recurso de Inconstitucionalidad nº 880/1985. Recurso de inconstitucionalidad que no aportaba ideas originales, ya que eran similares a las recogidas en las enmiendas presentadas por los Diputados Srs. PERZ ROYO Y BANDRES al Proyecto de Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España (BOCE 20 de marzo 1985, Serie A, nº 132-1-2). Enmiendas que como ya señalamos no fueron tenidas en cuenta por la Ponencia, ni defendidas en el seno de la Comisión y que de haber sido aceptadas no hubieran dado lugar al

que la detención preventiva, en su regulación del artículo 26.2 de la Ley de Extranjería, suponía una vulneración de los artículos 17.1 y 2, 24 y 25.3, en relación con el artículo 13 de la Constitución¹²³.

Recurso de Inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo.

¹²³ El Defensor del Pueblo en sus alegaciones distinguió, en referencia al apartado 2 del artículo 26, dos situaciones o momentos: el primero, de detención gubernativa y el segundo, de internamiento del extranjero interesado por la autoridad judicial, con límite máximo de 40 días, estimando que alguna de las medidas previstas incurren en inconstitucionalidad. Fundó el recurso en que los "Derechos Fundamentales son los Derechos Subjetivos de la Persona y constituyen un elemento fundamental y fundamentado del Ordenamiento Jurídico de un Estado social y Democrático de Derecho". De ahí, la "importancia capital de la Libertad como valor supremo del Ordenamiento Jurídico (art. 1.1 de la Constitución), como fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1) y su naturaleza de Derecho fundamental de la persona (art. 14)", y destaca que la Libertad es un Derecho inherente a la persona, y en cuanto tal, corresponde, en nuestro orden jurídico, tanto a los nacionales como a los extranjeros y, el art. 17.1 de la Constitución, reconoce a «toda persona» el Derecho a la Libertad y a la Seguridad como genéricamente ha reconocido el propio Tribunal Constitucional en Sentencia 107/1984 de 23 de noviembre. El Defensor del Pueblo aprecia que el artículo 13 de la Constitución remite para integrar la condición o régimen jurídico del extranjero a los Tratados internacionales, a los que también se remite el artículo 10.2 de la Constitución; por ello, es relevante el artículo 5.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que permite la privación de libertad en su letra f) «si se trata del arresto o detención legal de una persona para impedir la entrada irregular en el territorio o contra la que está en curso un procedimiento de expulsión o extradición», aunque, el propio nº 1 del artículo 5, precisa que el procedimiento ha de ser «determinando por la ley», que sería el régimen jurídico de la detención, en el ordenamiento jurídico correspondiente, en este caso el español, siendo que el artículo 17 de la Constitución dispone, en su nº 2, que «en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial». Esto implica que "la detención practicada por la autoridad gubernativa, sea o no en virtud de procedimiento judicial, no puede durar más de 72 horas, correspondiendo pasado ese plazo, a la autoridad judicial, la posibilidad y facultad de poder restringir aún más el Derecho a la Libertad". El Defensor del Pueblo reconoce que el artículo 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985 cumple la previsión constitucional del artículo 17.2, en lo que respecta a la detención preventiva cautelar que no puede durar más de 72 horas; no ocurre así con la medida de internamiento de hasta 40 días, que prevé el precepto impugnado,

El Tribunal Constitucional al resolver el Recurso, en la pre-considerada Sentencia de 7 de julio de 1987¹²⁴, aprecia que el mismo Defensor del Pueblo reconoce la constitucionalidad de la detención preventiva, y establece la doctrina conforme a la cual "la iniciación de un procedimiento de expulsión cuando se dan determinadas circunstancias, es un supuesto razonable de restricción o pérdida de libertad que, además, está previsto expresamente en el art. 5.1 f) del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, que es especialmente relevante al respecto,

llegando a esta conclusión porque, al ser la expulsión una medida de naturaleza administrativa, y prohibir el artículo 25.3 de la Constitución a la Administración Civil que imponga directa o subsidiariamente penas privativas de libertad, lo que significa, que la Administración está incapacitada para dictar resoluciones con carácter cautelar que impliquen privación de libertad, ya que la intervención judicial prevista en el artículo 26.2 de la Ley de Extranjería "no desvirtúa el carácter administrativo del procedimiento de expulsión, confiriéndole carácter jurisdiccional, pues tal intervención no tiene carácter jurisdiccional desarrollado en un marco de un proceso, sobre el principio de contradicción y ejercido con todas las medidas y garantías procesales del orden constitucional (pues el artículo 26.2 de la Ley 0 7/1985 establece una única relación entre la autoridad gubernativa y la autoridad judicial, dejando al margen a la persona afectada por la decisión, y sería incongruente que la intervención del Juez fuera utilizada como justificación formal de una medida administrativa privativa de libertad)". De modo complementario, apreció el Defensor del Pueblo, que el Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva se otorga por el artículo 24 de la Constitución a todas «las personas», con independencia de su nacionalidad, y, a la luz de la Jurisprudencia constitucional sobre la indefensión y teniendo en cuenta también el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el precepto impugnado no ha respetado el derecho a la tutela judicial del extranjero detenido". Por las razones expuestas el Defensor del Pueblo consideró que el artículo 26.2 infringe los preceptos constitucionales invocados y solicita la declaración de su inconstitucionalidad.

¹²⁴ STC 115/ 1987 de 7 de julio. Magistrado Ponente: Sr. RODRIGUEZ PIÑERO. Jurisprudencia Constitucional 1987, T. XVIII, pp. 575-600.

por el mandato contenido en el artículo 10.2 de la Constitución", y que, por lo tanto, sólo alega la inconstitucionalidad del internamiento en establecimiento no penitenciario del extranjero sometido a procedimiento de expulsión, al estimar que la intervención adhesiva del Juez, no desvirtúa "el carácter administrativo del procedimiento de expulsión y no tendría carácter de actividad judicial contradictoria, pues se deja al margen del procedimiento a la persona afectada".

El Tribunal Constitucional, sin embargo, admite que esa intervención judicial sirva como "una justificación formal de una medida administrativa privativa de libertad", que, según el artículo 25.3 de la Constitución, la Administración tiene prohibido tomar. Señala, en su Fundamento Jurídico 1º, que si la interpretación del precepto impugnado fuera la que sostiene el Defensor del Pueblo, efectivamente no se respetarían los preceptos constitucionales citados, tanto el artículo 17.2 como el artículo 25.3 de la Constitución, ya que, dada la ambigüedad con que ha sido redactado el precepto, se podría llegar a la interpretación que propone el recurso. Sin embargo, considera que precisamente esa ambigüedad en la redacción de los términos permite otras lecturas del precepto que sean compatibles con los mandatos contenidos en los artículos de la Constitución antes citados, ya que, como el propio Tribunal considera, en su Sentencia de 16 de octubre de 1984, sólo cabe declarar la inconstitucionalidad de los preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución "resulta indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación" y, señala también, que el Tribunal siempre ha mantenido que las leyes han de ser interpretadas de la forma más favorable para la efectividad de los Derechos fundamentales y de conformidad con la Constitución (STC de 6 de mayo de 1983 y 7 de julio de 1984).

Esta lectura conforme a la Constitución, nace también, según el Tribunal, del propio contenido de la Ley Orgánica 7/1985, ya que con ella se pretende corregir la situación anterior de plena disponibilidad gubernativa sobre la detención de extranjeros. Resulta claro el propósito del legislador de suprimir esta plena disponibilidad gubernativa y, "la referencia al tiempo máximo de 72 horas puede ser entendido como una voluntad de respetar el mandato contenido en el artículo 17.2 de la Constitución", estableciendo la obligación de intervención judicial una vez transcurrido ese tiempo, ya que, aunque el legislador no haya indicado, de forma expresa, el alcance de la intervención judicial, a la luz de los preceptos constitucionales y del contexto de la Ley se puede deducir que esa intervención será la más amplia y protectora posible de los extranjeros sometidos a procedimiento de expulsión.

El Tribunal incide en esta problemática al señalar, que el internamiento previo a la expulsión, tiene un carácter completamente distinto de las detenciones preventivas penales, no sólo desde el punto de vista de las condiciones físicas (en el primer caso, en locales ajenos a establecimientos penitenciarios y, en el segundo, en ellos), sino también por el papel que la Administración juega en ellos. En materia penal, la suerte del detenido, una vez el órgano administrativo lo ha puesto a disposición judicial, depende exclusivamente de las decisiones judiciales posteriores; en el procedimiento de expulsión, es la Administración quien decide si ha lugar la expulsión o no, es decir, que el órgano que interesa el internamiento persigue un fin propio (protección de un interés estatal) y no actúa, como en el caso anterior, como un mero auxilio de la justicia, sino como titular de intereses públicos propios.

Pese a ello, el Tribunal considera que no significa, que sea la Administración quien va a tomar la decisión en relación al mantenimiento o no de la medida de privación de libertad de extranjero, ya que la voluntad de

la Administración, y desde luego de la Constitución, es que, pasadas las 72 horas, sean las autoridades judiciales las que decidan sobre el mantenimiento o no de la limitación de libertad de la persona, en este sentido, aprecia que es muy interesante comprobar que la Constitución prevé situaciones análogas a la presentada en este caso, pues, en su artículo 117.4, permite la atribución, por ley, de funciones no juzgadoras a los órganos judiciales «en garantía de cualquier derecho» y, en el presente caso "para garantía de la libertad del extranjero afectado". Con referencia en estos argumentos, el Tribunal considera "que el termino «interesar» ha de ser entendido como equivalente a demandar o solicitar al Juez la autorización para que pueda permanecer detenido el extranjero más allá del plazo de 72 horas"

Con lo cual puede estimarse que lo que el precepto establece es, que el órgano administrativo ha de solicitar al Juez, en el plazo de 72 horas, que autorice el internamiento del extranjero pendiente de un trámite de expulsión. Con ello se quiere decir que será el órgano judicial quien libremente decidirá sobre el internamiento, "teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma (sobre la que el juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otro que el juez estime relevante para adoptar su decisión". Ya que al ser interpretado de este modo el precepto objeto de impugnación "es plenamente respetuoso no sólo con el artículo 17.2 de la Constitución, sino, al mismo tiempo, también del artículo 25.3, al no ser una decisión administrativa, sino judicial, la que permite la pérdida de libertad, pues no existe condicionamiento alguno sobre el juez para decidir sobre esa

libertad. Tampoco entraría el precepto en colisión con el artículo 24.2 de la Constitución, porque del mismo no se deduce limitación alguna de los derechos de defensa del extranjero ni se impide su intervención en el correspondiente procedimiento".

El Tribunal Constitucional considera aplicable al caso su doctrina relativa a la prisión provisional, mantenida en Sentencia 41/1982, de 2 de julio, que señala que la medida "debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar", así como la de la Sentencia de 12 de marzo de 1987, que sostiene que el "carácter excepcional de la medida exige la aplicación del criterio hermenéutico del «favor libertatis», lo que supone que la libertad ha de ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela, o de prevención que habrán de ser valoradas por el órgano judicial".

Considera el Tribunal, que el propio artículo 26.2 reconoce esta excepcionalidad al señalar que la duración de la medida será "la imprescindible", aunque es bien cierto que sólo se refiere a la duración de la medida "implícitamente parece dar a entender que ha de ser imprescindible la propia pérdida de libertad, de modo que no es la sustanciación del expediente de expulsión sino las propias circunstancias del expediente del caso, por razones de seguridad... las que han de justificar el mantenimiento de esa pérdida de libertad, siendo el Juez, guardian natural de la libertad individual, el que debe controlar esas razones".

El Tribunal concluye su pronunciamiento sobre el artículo 26.2 señalando que la decisión judicial ha de ser "mediante resolución judicial motivada" (STC 41/82), "que debe respetar lo derechos fundamentales de defensa, incluidos los previstos en el art. 30.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio en conexión con el art. 6.3 del Convenio Europeo pa-

ra la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, así como la interposición de recursos que procedan contra la resolución judicial y eventualmente los reconocidos en el art. 35 de la Ley Orgánica 7/1985 en conexión con el art. 5.4 del citado Convenio". De esta forma, aprecia el Tribunal, el art. 26, cumple los requisitos que el Tribunal de Estrasburgo estableció en su Sentencia de 18 de junio de 1971 "de que toda persona privada de libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un Tribunal, y por ello con "unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal".

Por ello, al ser posible que el artículo 26.2 de la Ley de Extranjería, sea interpretado conforme a la Constitución, no puede ser considerado inconstitucional, ya que de lo expuesto no se deduce que el internamiento de los extranjeros "pueda considerarse ni de carácter administrativo ni sin garantías de fondo y forma que eviten su carácter arbitrario".

La interpretación, que hace el Tribunal Constitucional sobre la regulación por el artículo 26.2 del internamiento de extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión, nos permite constatar, como ya señalamos en el correspondiente Capítulo, la modulación de su anterior Doctrina¹²⁵, que imponía una completa igualdad entre españoles y extranjeros en el disfrute de los Derechos inherentes a la dignidad humana, ya que viene a admitir que dada la configuración legal de todos los Derechos de los extranjeros, independientemente que afecten a Derechos inherentes a la dignidad humana o no, estos Derechos podrán ser modulados por el legislador en cuanto su ejercicio, siempre y cuando se respete el "estandar mínimo" que los Tratados Internacionales sobre Derechos Fundamentales suscritos por España, garantizan a los extranjeros.

¹²⁵ STC 107/1984, de 27 de noviembre, cit.

El Tribunal al determinar la interpretación "correcta" del precepto opta porque no desaparezca de nuestro Ordenamiento la medida de internamiento¹²⁶, al fundamentar la constitucionalidad de la medida en el artículo 5.1 f) del Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que permite a los países firmantes la toma de medidas restrictivas o de pérdida de libertad cuando se ha iniciado un procedimiento de expulsión¹²⁷.

El Tribunal Constitucional se orienta por el objetivo de llegar a una correcta interpretación, que estima siempre es preciso intentar antes de modificar la disposición recurrida, y "metamorfosar una medida de internamiento administrativo en una respetable medida sometida a la plena soberanía del órgano judicial"¹²⁸, para lo que ha tenido que realizar una compleja exégesis a fin de concretar la ambigüedad y equivocidad de la norma, como es señalar que esta interpretación es la más acorde con el contexto global de la Ley, que efectivamente señala en su Preámbulo el objetivo de introducir "la necesidad de la intervención judicial en la revisión de determinadas resoluciones que conllevan la salida o expulsión de los extranjeros, o que implican la privación de libertad, justamente como garantía de esta", pero que, sin embargo, del texto del artículo 26.2, en principio, no se deduce, o como es ampliar el término "imprescindible",

¹²⁶ Medida considerada por las autoridades gubernativas como necesaria, para evitar la posible huida de los extranjeros en trámite de expulsión.

¹²⁷ Conclusión mantenida con anterioridad a la STC 115/87, por M. MOYA ESCUDERO: "La expulsión de extranjeros del territorio nacional", en «LA LEY», cit., p. 1031.

¹²⁸ Cfr. J. RODRIGUEZ-ZAPATA: "Internamiento de Extranjeros expulsados de España. Derechos de Reunión y Asociación de los Extranjeros. Suspensión cautelar de las resoluciones administrativas impugnadas en materia de extranjería", en «REDT». 1987, p.621.

de la duración en el tiempo de la medida, al carácter imprescindible de la pérdida de libertad, por analogía con el plazo previsto en el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, ya que tal medida se aplica por la comisión de un delito, que evidentemente no es el caso del extranjero Incurso en un procedimiento gubernativo de expulsión.

Una vez decidido el mantenimiento de la medida de internamiento, esta interpretación puede parecer a primera vista, que tiene unos efectos beneficiosos para el extranjero, ya que el internamiento es ahora considerado como una medida de carácter excepcional y de aplicación restringida, además de ser ordenado por decisión judicial motivada (decisión a su vez recurrible), lo que permite, que el Juez, al tener obligatoriamente que decidir sobre la medida, controle la actuación de la autoridad gubernativa al tener está que someter cada caso a decisión jurisdiccional. Sin embargo, frente a esta primera impresión, es preciso tener en cuenta, que el sometimiento a la autoridad judicial queda parcialmente neutralizado, si consideramos el limitado ámbito de la decisión judicial, que como señala la propia Sentencia, no puede entrar en el fondo de la cuestión, con lo que tendrá que limitarse a la periferia, que estará configurada en la descripción de sus elementos de juicio por la propia Administración, transformándose con ello, la decisión judicial, de una supuesta garantía en un minusvalorado trámite procesal carente de sentido, debiendo, ser considerado, además, que no se prevé la adopción de la decisión en un marco de contradicción, como señaló en en su día el Defensor del Pueblo, sino que se establece una relación bilateral entre la autoridad administrativa y la judicial, dejando al margen al afectado¹²⁹.

Circunstancias todas ellas, que propician una actuación judicial

¹²⁹ Cfr. V ESCUIN PALOP: Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España, cit. p. 97 y también en "Actuaciones Judiciales protectoras de los derechos de los ciudadanos frente a la Administración Pública", en Poder Judicial, 1991, nº 24, p. 13.

basada en el automatismo, que no comprueba las circunstancias personales del extranjero en trámite de expulsión, situación que se refleja en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 1990¹³⁰, cuyo origen es el Recurso de Amparo presentado contra el Auto de un Juez de Instrucción acordando la medida de internamiento y el de la Audiencia Provincial confirmándolo¹³¹.

Detenida la recurrente en amparo, de nacionalidad ecuatoguineana, el 23 de febrero de 1989. La autoridad gubernativa inicia expediente de expulsión y el 25 de febrero pone a la recurrente a disposición del Juzgado de Instrucción, nº 1 de Madrid, solicitando autorización para su internamiento. El Juzgado de Instrucción incoa diligencias respecto de "todas" las personas extranjeras detenidas y puestas a su disposición y el mismo día dicta Auto de internamiento de "todos" los detenidos (ocho personas incluida la recurrente), cuyo Fundamento de Derecho único dice así: "De conformidad con lo dispuesto en el art. 26.2º de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio procede decretar el internamiento de los detenidos arriba indicados en el Centro de Internamiento de Extranjeros, a disposición de la excelentísima señora Delegada del Gobierno en Madrid, para su posterior expulsión del territorio nacional, por haber cumplido los requisitos exigidos en dicha Ley".

Contra el citado Auto se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación, por auto de 2 de marzo de 1989, se desestimó por el

¹³⁰ STC 144/1990, de 26 de septiembre, Magistrado Ponente: Sr. VEGA VENAYAS (Suplemento al BOE de 23 de octubre de 1990).

¹³¹ Recurso de Amparo 846/1990, presentado por Dña. Dolores Barleycorn Buila, contra los Autos de 25 de febrero y 2 de marzo de 1989 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Madrid y 14 de marzo de 1989 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial.

Juzgado de Instrucción el recurso, al considerar que se mantenían en su totalidad los hechos que habían motivado el internamiento. Tramitado recurso de apelación ante la Sala Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, fue desestimado el 14 de febrero de 1989, por Auto, cuyo único Fundamento dice así: "No aparecen de modo alguno desvirtuados los fundamentos del Auto acordando el internamiento de la recurrente, reiterados en el que rechazó la reforma, y que acertadamente aluden al cumplimiento en el presente supuesto, de lo prevenido en la Ley Orgánica 7/1985, en cuanto a los requisitos par llevar a cabo tal internamiento (art. 26.2º)".

La Sentencia del Tribunal Constitucional declara la nulidad de los Autos al reconocer que "de la simple lectura de los Autos impugnados se desprende que la decisión de internamiento fue adoptada de forma colectiva para todos los detenidos -un total de ocho- sin relación alguno entre ellos, con una motivación genérica y sin concreción alguna sobre cada detenido. En este sentido tanto el Juez de Instrucción como la Audiencia Provincial, no expresan los motivos y causas en virtud de las cuales acuerdan el internamiento de la detenida hoy recurrente de amparo, hasta su expulsión del territorio nacional".

"Esta ausencia de motivación supone, en si misma, que la privación de libertad de la hoy recurrente así decretada infringe los derechos fundamentales a obtener la tutela judicial efectiva y a la libertad consagrados en los arts. 24.1 y 17.1 de la Constitución, respectivamente, en cuanto que de las resoluciones judiciales no es posible extraer las razones que justifican la medida excepcional de internamiento adoptada e relación con la circunstancias concurrentes en la hoy solicitante de amparo y, en concreto, sobre si la privación de libertad se decretó teniendo en cuenta la causa de expulsión, tampoco especificada y la mayor o menor probabilidad de que huyera".

Circunstancias todas ellas que llevan al Tribunal a reconocer que se ha producido una infracción de los artículos 17.1 y 24.1 de la Constitución, que no puede ser convalidada por el hecho de que la privación de libertad decretada pudiera tener cobertura legal -art. 26.2 de la L.O. 7/1985, de 1 de julio-, "toda vez que esta lesión se produce cuando una persona es privada de libertad excepto en los casos y con la observancia de los requisitos previstos en la Ley, requisitos éstos que, en el presente caso y debido a la ausencia de motivación de las resoluciones judiciales no es posible presumirlos existentes".

Sin embargo, el reconocimiento por parte del Tribunal de la infracción constitucional no va a reportar ningún beneficio para la extranjera expulsada, tanto porque la medida de internamiento, ya había finalizado, como porque la especial conexión entre el procedimiento de expulsión y la decisión judicial de internamiento impiden al Tribunal aceptar las solicitudes de la expulsada, respecto a la legalidad de la expulsión y a la solicitud de suspensión de la ejecución de la misma porque "no es objeto del presente recurso de amparo las cuestiones referidas a la legalidad del acto administrativo de expulsión, así como a su ejecutividad o suspensión en tanto se resuelve el recurso contencioso-administrativo formulado, cuestiones estas que han de ser resueltas previamente por los órganos competentes de la jurisdicción ordinaria. Por lo mismo, tampoco es posible acceder a la pretensión de la actora de que se reconozca su derecho a permanecer físicamente en España, mientras se tramite su expediente de expulsión, pues como antes se dijo la suspensión o no de la orden ha de ser acordada en la vía judicial correspondiente". Circunstancia que permite que el extranjero sea retenido inconstitucionalmente y que la expulsión sea efectivamente ejecutada, sin perjuicio de que años más tarde los Tribunales ordinarios

reconozcan la ilegalidad de la expulsión decretada¹³².

Situación, que evidentemente se produce como consecuencia de la interpretación integradora del Tribunal Constitucional sobre la medida de internamiento, en la Sentencia 115/1987, que permite la adopción, por parte de los Jueces de esta medida cautelar de manera cuasi-automática. En este sentido el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional puede ser considerado como la pérdida de una buena ocasión para mejorar el tenor de los preceptos de la Ley Orgánica sobre Derecho y Libertades de los extranjeros, de manera que la disposición objeto de recurso no estuviera condicionada por el carácter ambiguo y equívoco con la que está redactada¹³³.

La aplicación de la medida de internamiento a extranjeros en trámite de expulsión, puede ser sustituida por una serie de medidas cautelares, que no suponen privación de libertad. Con base legal en el artículo 6 de la Ley de Extranjería, que autoriza al Ministro del Interior a imponer limitaciones a la libre circulación y residencia por razones de seguridad pública, el artículo 88.1 del Real Decreto 1119/1986, prevé la adopción por el Ministro del Interior a propuesta de la autoridad gubernativa que instruya el procedimiento de expulsión, de alguna de las medidas de presentación periódica o de residencia obligatoria en determinado lugar¹³⁴. Medidas cautelares, que dado el automatismo con

¹³² Cfr. V ESCUIN PALOP: Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España, cit. p. 99, y también en "Actuaciones Judiciales protectoras de los derechos de los ciudadanos frente a la Administración Pública", en Poder Judicial, 1991, nº 24, p. 15.

¹³³ Cfr. J. L. OLIVARES D'ANGELO en "Nota" a la STC 115/1987 de 7 de julio en «REDI». 1988, p.170.

¹³⁴ Quizas las críticas que levantó la medida de detención preventiva e internamiento, así como el posible contenido de la Sentencia del Tribunal Constitucional al Recurso planteado

la que se decide el internamiento por la autoridad judicial, rara vez son de aplicación práctica, pues resulta más seguro para la autoridad gubernativa que el extranjero se encuentre internado, evitando con ello su posible "desaparición", que impida su efectiva expulsión.

El conjunto de elementos que integran el procedimiento sumario de expulsión nos permite comprobar, que las facultades concedidas por la Ley de Extranjería a la Administración para proceder a la expulsión de extranjeros incurso en las causas de expulsión a) ,c) o f) del artículo 26.1, son amplísimas, pues permiten, incluso, la detención del extranjero durante 72 horas y reducen de tal forma el período de tramitación de expediente, que la expulsión se pueda proponer y resolver en un plazo brevísimo que puede ser incluso de tres días. Estas amplísimas facultades son reforzadas, además, por la connivencia de las autoridades judiciales, que en contra de la interpretación restrictiva y excepcional de la medida de internamiento, realizada por el Tribunal Constitucional, y en contra de la coherencia que demanda la doctrina elaborada por las Salas de lo Contencioso-Administrativo, deciden el internamiento de una forma casi-automática, sin considerar las situación personal del extranjero, no llevando a cabo un posterior control del internado y permitiendo, que la expulsión se ejecute por la autoridad gubernativa, sin que les sea solicitado la correspondiente autorización de cese de internamiento¹³⁵.

por el Defensor del Pueblo, sobre la medida de internamiento, llevó a las autoridades del Ministerio del Interior, a establecer una serie de medidas cautelares para extranjeros en trámite de expulsión, que no supusieran una privación de libertad. Críticas y presentación de Recurso de Inconstitucionalidad realizadas antes de la publicación del Real Decreto 1119/1986, al que, dada su falta de sistemática, no podía estropear la inclusión de un precepto más.

¹³⁵ Como específicamente se señala en los Antecedentes 2 d) y 7 de la STC 144/1990, de 26 de septiembre, cit, a pesar, incluso de la redacción del art. 89 d) del R.D. 1119/1986,

Esta situación se ve agravada, por el hecho de que, notificada la resolución, la ejecución de la expulsión se realiza de forma inmediata, impidiendo con ello, que el extranjero expulsado, permanezca en España, para interponer los recursos judiciales pertinentes y solicitar, así, la suspensión de la ejecución de la medida de expulsión, en tanto la resolución sea revisada por los Tribunales competentes. Facultades todas ellas, que además pueden o no ser utilizadas por la Administración, creando en consecuencia una grave situación de inseguridad jurídica.

Paralelamente al desarrollo del procedimiento sumario de expulsión el Reglamento de la Ley de Extranjería establece un desarrollo alternativo¹³⁶ de este procedimiento aplicable a aquellos extranjeros, que al serles notificado la incoación de un expediente, manifiesten su voluntad de abandonar el país y efectivamente lo abandonen en el plazo de diez días, en estos supuestos, las autoridades gubernativas competentes se abstendrán de imponerles las medidas cautelares de presentación ante las autoridades o de residencia obligatoria, así como de internamiento en centro no penitenciario¹³⁷.

que al desarrollar las medidas a adoptar para la ejecución de las expulsiones, señala "Para llevar a cabo la expulsión de extranjeros que hubiesen sido detenidos y quedado a disposición de la autoridad judicial, de acuerdo con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 26.2 de la Ley Organica 7/1985, de 1 de julio -si no hubiese sido puesto en libertad por dicha autoridad dentro del plazo de cuarenta días a que se refiere el mismo precepto-, deberá interesarse de la propia autoridad judicial el cese del internamiento a efectos de poder llevar a cabo la conducción al puesto de salida".

¹³⁶ Art. 88 del R.D. 1119/1986.

¹³⁷ Excepción hecha, en este último supuesto, en lo que se refiere a extranjeros incurso en procedimiento de expulsión por estar implicados en actividades contrarias al orden público, seguridad interior o exterior de España, por haber realizado actividades contrarias a los intereses de los españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con terceros países, en cuyo caso, no se les aplicará esta excepción y podrán ser detenidos e internados,

realización de las investigaciones y la práctica de las pruebas que se estimen oportunas, de oficio o a instancia de parte; concluido el periodo probatorio, se concederá audiencia al interesado, trámite que se llevará a cabo conforme lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo. Concluido este trámite, se procederá a formular la propuesta de resolución; que será elevada al Director de la Seguridad del Estado o autoridad en que haya delegado, para que resuelva sobre la procedencia o no de la expulsión¹³⁸. Tramites a seguir para ordenar la expulsión por las causas mencionadas, que no admiten su sustitución por los trámites seguidos en el procedimiento sumario, cuando el expediente se inicie por una causa de expulsión, que deba tramitarse por el ordinario, como señala la Sentencia de 2 de octubre de 1991¹³⁹, que ordena la reposición del expediente "al estado procedimental en que se debió de poner de manifiesto al interesado el expediente para que un plazo no inferior a diez días ni superior a quince alegue lo que estime pertinente como ordena el art. 31.2 de la tan citada Ley Orgánica tras lo que se formula propuesta de resolución".

La resolución administrativa que disponga la expulsión, le será notificada por escrito al interesado, señalándole el periodo de tiempo que se le concede para abandonar el territorio español, periodo de tiempo "prudencial" que, en estos casos, no podrá ser inferior a 72 horas¹⁴⁰; si transcurrido el plazo concedido, el extranjero no ha abandonado España, la autoridad gubernativa podrá ordenar su detención y conducción al puesto fronterizo aéreo, marítimo o terrestre por donde se va a llevar a

¹³⁸ Art. 31 de la Ley Orgánica 7/1985.

¹³⁹ STS de 2 de octubre de 1991, Ponente: Sr. ROSAS HIDALGO (RAJ, 7619).

¹⁴⁰ Arts. 33.1 de la Ley Orgánica 7/1985 y 89 a) del R.D. 1119/1986.

cabo la efectiva expulsión¹⁴¹.

En cuanto a los costes de la ejecución de la orden de expulsión, la Ley señala que, tanto en los supuestos en los que se haya tramitado el expediente por el procedimiento sumario, como cuando lo sean por el ordinario, se harán a cargo del extranjero expulsado, siempre y cuando cuente con los medios económicos para ello; si carece de medios suficientes, se comunicará al representante diplomático o consular de su país "a los efectos oportunos"¹⁴². El problema se plantea porque, en muchas ocasiones, ni el extranjero cuenta con medios económicos suficientes, dado que ha venido a España por causas económicas, ni tampoco los tienen la embajada o consulado de su país, para quien, en muchos casos, incluso, es un problema admitirlos de nuevo, dada la penuria económica de algunos países, motivo por el que no prestan la necesaria colaboración y, por lo tanto, la expulsión tiene que ser costeada por el Estado Español.

La efectiva expulsión del territorio español, queda parcialmente garantizada por los citados Acuerdos de readmisión firmados por España con Francia, de 8 de enero de 1988 y Marruecos, de 13 de febrero de 1992, que entre sus disposiciones establecen la admisión en tránsito de extranjeros expulsado de España, en su caso, siempre y cuando este garantizada la continuidad del viaje y la admisión del expulsado en el Estado de destino.

¹⁴¹ Art. 89 b) del R.D.1119/1986.

¹⁴² Art. 33.2 de la Ley Orgánica 7/1985.

4). Duración y efectos de la expulsión del territorio nacional español

La expulsión del territorio español, como medida sancionatoria que es, siempre lleva aparejada, independientemente de las causas que la motivaron, una prohibición expresa de entrada en España por un periodo determinado, señalado, de modo específico, en la orden de expulsión y que nunca será inferior a tres años¹⁴³.

Sin embargo, la Ley no determina el periodo máximo de duración de la medida, al respecto la Sentencia de 12 de julio de 1990¹⁴⁴ declara que "ciertamente, al haber señalado la Ley sólo el mínimo, deja abierta la posibilidad legal de que la Administración incurra en desproporción manifiesta al fijar el tiempo de prohibición de entrada, lo que chocaría frontalmente contra la interdicción de la arbitrariedad (at. 9.3 CE), cosa que no ocurre cuando la Administración no sobrepasa el duplo de la medida legal, como se desprende del cuadro legal de duración de las penas o sanciones administrativas". Doctrina en base a la cual podemos determinar que la duración máxima de la prohibición de entrada es de seis años¹⁴⁵.

La prohibición expresa de entrada supone, como su nombre indica, la

¹⁴³ Art. 36.1 de la Ley Orgánica 7/1985.

¹⁴⁴ STS de 12 de julio de 1990, Ponente: Sr. BURON BARBA (RAJ, 5997).

¹⁴⁵ En Francia, la orden de expulsión de un extranjero puede ser derogada por el Ministro del Interior, si una vez transcurridos cinco años desde la ejecución de la medida, el expulsado solicita la anulación de la misma, esta anulación (según consideró El Conseil d'État en Arrêt de 13 de febrero de 1987) no puede ser rechazada más que previo dictamen de la Comisión encargada de examinar las expulsiones de extranjeros en territorio francés, ante la que puede hacerse representar el extranjero. Vid. JM. MARCHAND: «Recueil Periodique des Juris Classeur. Droit Administratif». 1987.4, fasc. 235, p.15.

terminante prohibición de volver al territorio español por parte del extranjero expulsado mientras dura el efecto de tal medida¹⁴⁶, y además, la posibilidad, de que si contraviene tal prohibición sea rechazado en frontera¹⁴⁷, o bien, si ha conseguido entrar en España, que sea objeto de una medida de devolución ordenada por el Gobernador Civil¹⁴⁸.

Como consecuencia de la expulsión de ciudadanos extranjeros del territorio nacional se presenta un problema importante, que afecta a los familiares del ciudadano expulsado, y es si deben acompañarle obligatoriamente fuera de España; en principio, el conyuge e hijos, si cuentan con medios económicos, no tienen porqué acompañarle, ya que la medida de expulsión tiene caracter individual. En el supuesto de menores a cargo del extranjero expulsado, en principio deberían poder permanecer si alguna persona residente en España se hace cargo efectivo de ellos, alternativa que, de nuevo, conecta con el respeto a los Derechos de la Persona. No obstante, se plantea el problema de ajuste de los miembros de la familia no afectados directamente por la medida de expulsión a las exigencias de residencia y permisos de trabajo.

5) Expulsión de extranjeros en situaciones en las que concurra declaración Estados de Alarma, Excepción y Sitio.

Hasta aquí hemos visto las disposiciones aplicables a la expulsión

¹⁴⁶ A tales efectos la Dirección General de Policía comunicará al Ministerio de Asuntos Exteriores las prohibiciones de entrada ordenadas por las autoridades gubernativas, art. 14.2 del R.D. 1119/1986.

¹⁴⁷ Art. 11.2 y 3 de la Ley Orgánica 7/1985.

¹⁴⁸ Arts. 36.2 de la Ley Orgánica 7/1985 y 85.1 del R.D. 1119/1986.

de extranjeros del territorio español, en circunstancias normales, sin embargo, cuando se produzca la declaración de estados de excepción o sitio en toda o parte de España a consecuencia de situaciones extraordinarias, la expulsión de ciudadanos extranjeros quedará sometida a las disposiciones contenidas en la Ley de Estados de Alarma, Excepción y Sitio de 1 de junio de 1981¹⁴⁹. Esta Ley especifica que los extranjeros que contravengan las normas sobre renovación o control de permisos y cédulas e inscripción consular y demás formalidades que se establezcan o, "actúen en connivencia con perturbadores del Orden Público podrán ser expulsados de España" por la autoridad gubernativa mediante resolución motivada de forma sumaria¹⁵⁰, lo que parece significar que, en principio, y dado que la Ley no dispone nada en contra, la expulsión de estos extranjeros se desarrollará conforme al procedimiento establecido por la Ley de Extranjería, no produciéndose la derogación de las garantías formales que protegen al extranjero durante el trámite del expediente de expulsión.

6) Expulsión de España de extranjeros asilados y refugiados.

La problemática que afecta a la expulsión de España de extranjeros que gocen de la condición de asilado o de refugiado, presenta algunas especialidades respecto del régimen general aplicable a los demás extranjeros. La expulsión del territorio español de estos colectivos de extranjeros es regulada en la Ley de Asilo y condición del Refugiado de 26 de marzo de 1984¹⁵¹, que establece las circunstancias por las que

¹⁴⁹ Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio (BOE 5 de junio).

¹⁵⁰ Art. 24.2 y 4 de la Ley Orgánica 4/1981.

podrán ser expulsados los extranjeros asilados¹⁵² y remite a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra en 1951, para la determinación de circunstancias, que permitan proceder a la expulsión de extranjeros que gocen del estatuto de refugiado¹⁵³.

1.- Extranjeros asilados.

Los extranjeros a los que el Estado Español haya reconocido la condición de asilados, podrán ser expulsados de territorio español "por actividades graves y reiteradas contra la seguridad interior y exterior del Estado", siendo la autoridad competente para ordenar la expulsión, el Ministro del Interior, que no podrá delegar esta facultad en otras autoridades gubernativas¹⁵⁴.

La expulsión de extranjeros asilados presenta, otra importante particularidad, que afecta la ejecución de la misma, pues en virtud del principio de "non refoulement" reconocido por la propia Ley de Asilo, el Estado Español se obliga a no expulsar a estos extranjeros a un país donde tuviese motivos para temer persecución o castigo, además, dicha ejecución quedará en suspenso, sin perjuicio de la adopción de otras

¹⁵¹ Ley 4/1984, de 26 de marzo de 1984 (BOE 25 de marzo), que es completada por el R.D. 511/1985, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado (BOE 19 de abril).

¹⁵² Art. 19 de la Ley 4/1984.

¹⁵³ Art. 22 de la Ley 4/1984.

¹⁵⁴ Art. 19.1 y 2 de la Ley 4/1984. Sin embargo, dichas autoridades podrán, cuando lo estimen procedente, formular propuesta de expulsión al Ministro del Interior (art. 40 del R.D. 511/1985).

medidas, si el extranjero asilado sujeto a la medida de expulsión, interpone, en el plazo de diez días, recurso contra la resolución de expulsión. Una vez firme la resolución de expulsión, se le deberá conceder un plazo razonable para que busque su admisión legal en otro país¹⁵⁵.

2.- Extranjeros refugiados.

Para la regulación de las causas, que autoricen a la expulsión de extranjeros que gocen de estatuto de refugiado, la Ley de Asilo y condición del Refugiado¹⁵⁶, remite a la Convención de Ginebra de 1951, que establece que sólo procederá acordarla en la forma y supuestos contemplados en los artículos 32 y 33 de la propia Convención, que señalan que esta medida sólo se podrá adoptar por motivos imperiosos de seguridad nacional o porque el refugiado haya sido condenado "por un delito particularmente grave", que constituya una amenaza para la comunidad del país de acogida.

La novedad en esta categoría de extranjeros es que la expulsión, cuya competencia corresponde al Ministro del Interior, deberá ser comunicada por el propio Ministerio a la delegación en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Art. 19.2 de la Ley 4/1984.

¹⁵⁶ Art. 22 de la Ley 4/1984.

¹⁵⁷ Arts. 40 y 41 del R.D. 511/1985.

b) -La expulsión judicial.

Con independencia de la medida de internamiento, la Ley de Extranjería prevé la intervención de la autoridad judicial en relación a la expulsión de extranjeros en dos supuestos concretos: la autorización para la expulsión y la expulsión sustitutiva de la pena aplicable.

1). Autorización judicial para la expulsión.

La necesidad de obtener autorización judicial si el extranjero, sobre el que recae una medida de expulsión gubernativa, se halla sujeto a determinados procesos penales, es el límite a la potestad de la Administración para proceder, mediante resolución del Director de la Seguridad del Estado, a la expulsión de extranjeros cuando incurran en alguna de las causas expresamente establecidas.

Existen en la Ley de Extranjería dos preceptos que prevén los requisitos de autorización judicial y el informe previo del Ministerio Fiscal, para proceder a la expulsión de un extranjero. En ambos casos, la autorización se emite durante la tramitación de procedimientos penales, por lo que si es conforme con la propuesta gubernativa de expulsión, ésta se convierte en medida sustitutiva del procedimiento penal, que concluye o, al menos queda en estado de suspensión o archivo.

El primer supuesto en que es necesario la autorización judicial tiene lugar cuando la apertura del proceso penal es anterior a la iniciación, por parte de la autoridad gubernativa, del expediente de expulsión por cualquiera de las causas previstas en el artículo 26. 1 de la Ley, a cuyo efecto dispone el artículo 21.2, que cuando un extranjero se encuentre "encartado en un procedimiento por delitos menos graves, considerados

como tal los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con una pena igual o inferior a prisión menor", el Juez podrá autorizar, su expulsión, previa audiencia del Fiscal, "si está incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1".

El segundo supuesto de expulsión previa autorización judicial se produce cuando al tiempo de incoarse un procedimiento penal, el expediente gubernativo de expulsión estaba ya en trámite, a cuyo efecto el artículo 26.3, establece "en los supuestos de extranjeros sometidos a trámites de expulsión, en trámite de instrucción o ejecución, a los cuales se hayan instruido diligencias por comisión de delitos cometidos con posterioridad a la incoación de dichos expedientes, el Juez acordará lo que proceda sobre su situación personal, conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si se acordara la libertad provisional del extranjero, el Juez o Tribunal podrá autorizar su expulsión, cuando se trate de delitos menos graves, atendiendo a las circunstancias del caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 de esta Ley".

En ambos casos, la autorización para proceder a la expulsión es una facultad del Juez, que se ve complementada con la previa audiencia del Fiscal, intervención prevista expresamente en el primer supuesto e implícitamente en el segundo, al establecer el tenor del artículo 26.3, que se podrá llevar a cabo la expulsión "de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 de esta Ley", quienes deberán cerciorarse de que el extranjero encartado se encuentra efectivamente incurso en alguno de los supuestos de expulsión previstos en el artículo 26.1 de la Ley de Extranjería. Al respecto, la Fiscalía General del Estado, en la Consulta de 18 de noviembre de 1987¹⁵⁸, ha establecido los criterios de actuación

¹⁵⁸ Consulta 5/1987, de 18 de noviembre; Cuestiones que plantea la expulsión de los sujetos a determinados procesos penales (RAL 1988, 933).

del Ministerio Fiscal señalando, "los procedimientos de expulsión han de basarse en alguna de las causas comprendidas en el artículo 26. Las referidas en los apartados a), d) y e)¹⁵⁹, al estar mejor perfiladas en su estructura, el supuesto de hecho puede constatarse más fácilmente, por lo que la potestad de la Administración aparecerá ante ellas virtualmente reglada. En la construcción de las causas contenidas en los párrafos b), c) y f)¹⁶⁰, al estar más indefinidas puede jugar la discrecionalidad resolutive de la Administración". Por lo tanto, dado que "el Ministerio Fiscal, como dice el artículo 26.3 para la autorización de la expulsión, atenderá «a las circunstancias del caso», cualquiera que sea la causa alegada para fundamentar la expulsión, y en tanto de la propuesta de la autoridad gubernativa no se extraigan hechos válidamente constatables y claramente subsumibles en una causa legal, su dictamen ha de ser contrario a la expulsión. Pero ante las causas b), c) y f) del artículo 26¹⁶¹,

¹⁵⁹ Recuerdo que las causas de expulsión a), d) y e) establecidas en el art. 26.1 de la Ley de Extranjería hacen referencia: "a) Encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fueran exigibles; d) Haber sido condenado dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hayan sido cancelados; e) Incurrir en demora u ocultación dolosa o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio de Interior, las circunstancias relativas a su situación, de acuerdo con el artículo 14".

¹⁶⁰ Las causas de expulsión b), c) y f) establecidas en el art. 26.1 de la Ley de Extranjería hacen referencia: "b) No haber obtenido el permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia válido; c) Estar implicado en actividades contrarias al orden público o la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países; f) Carecer de medios de vida lícitos, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales".

¹⁶¹ Vid. nota precedente.

en las que se manejan nociones abstractas e indeterminadas necesitadas de un mayor control jurídico, el Ministerio Fiscal deberá analizar aún con mayor meticulosidad los hechos determinantes de la propuesta, pues no será infrecuente que hayan sido extraídos de simples informes parciales".

El momento procesal en el que el Ministerio Fiscal deberá emitir el preceptivo informe previo a la resolución judicial, que haya de autorizar o denegar la expulsión, ha sido fijado por la Fiscalía General de Estado, en la Consulta de 10 de octubre de 1990¹⁶²; que completa, como consecuencia de las reformas procesales introducidas por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, la Consulta de 18 de noviembre de 1987, que señalaba la necesidad de que se hubiera iniciado el procedimiento previsto en la Ley 10/1980, de 11 de noviembre, y que por lo tanto, no podía procederse a emitir dictamen durante el periodo de diligencias previas, al no ser éste un proceso sino únicamente un procedimiento de investigación y fijación de los hechos, y por que además, concediendo la autorización en la fase de diligencias previas "podría acordarse la expulsión por razón de delitos excedentes de prisión menor, con lo que se sustituiría una posible grave pena a imponer, por la expulsión y prohibición de entrada en el territorio nacional por tres años (art. 36.1 de la Ley de 1 de julio de 1985)". Fijación de criterios que nos permite constatar que, dado el carácter previo a la resolución judicial del informe del Fiscal, la autorización judicial de expulsión exigirá que se haya iniciado el proceso y que el extranjero se encuentre efectivamente "encartado en un procedimiento por delitos menos graves", no siendo suficiente las diligencias previas.

¹⁶² Consulta 2/1990, de 10 de octubre; Juez competente para decidir la expulsión y fase procesal en que debe acordarse (RAL, 532).

La Consulta de 10 de octubre de 1990, parte de la introducción del procedimiento abreviado, por la Ley orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, "cuya instrucción corresponde a los Jueces de Instrucción en tanto que el fallo compete a los Juzgados de lo Penal o Audiencias Provinciales, siempre bajo la forma de diligencias previas", lo que implica que la autorización de expulsión sólo se puede aplicar "en supuestos cuyo fallo corresponde a los Juzgados de lo Penal, únicos competentes para conocer delitos castigados con penas menos graves", y ratifica el criterio expuesto en la anterior Consulta, de que "es consustancial al dictamen la existencia de un escrito de acusación. Antes de esta fase procesal es improcedente, entre otras razones, porque no se contará con los elementos suficientes para motivarlo adecuadamente como exige la jurisprudencia constitucional más reciente. No deberá emitirse, por tanto, cuando se hallen en tramitación las diligencias previas del procedimiento abreviado". Esto es así, según estima la Consulta por tres razones, primero, porque uno de los fines de las diligencias previas, es determinar «el órgano competente para el enjuiciamiento» (art. 789.3 L. E. Cr.) o, "lo que es igual, si la celebración del juicio corresponde al Juez Penal o a la Audiencia Provincial", segundo, porque la práctica de las diligencias previas no son esenciales al procedimiento abreviado, ya que proceden «sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no sean suficientes para formular acusación» (art. 789.3 inciso final de la L. E. Cr.), y tercero, porque "sólo tras el escrito de acusación se conocerá exactamente la competencia y el tipo de delictivo, pues aquél comprenderá, además de la solicitud de apertura del juicio oral, el órgano que se estime competente y el delito imputado (art. 790.5 de la L.E. Cr.)".

Argumentos que le llevan a señalar "en definitiva, sin escrito de acusación, previo o coetáneo, es inimaginable un dictamen del Ministerio

Fiscal sobre la procedencia o no de la expulsión". Afirmación que, a su vez, condiciona el momento procesal en el que el dictamen debe emitirse, dado que "al ser posible un informe del Ministerio Fiscal coterminado al escrito de acusación, significa que el Juez competente para decidir sobre la autorización de expulsión, es el Juez de Instrucción, pues ante este órgano se formulan los escritos de acusación (art. 790.1 de la L.E. Cr.). Y si la autorización para la expulsión es solicitada en un trámite posterior, cuando tanto el Ministerio Fiscal como la defensa hayan emitido sus correspondientes escritos de calificación, dado que el Juez de Instrucción habrá remitido las actuaciones al Juez Penal (art. 791.5 de la L.E. Cr.) será éste el órgano competente para resolver la expulsión".

Autorizada la expulsión por la autoridad judicial, la efectividad de la medida queda garantizada por la obligación, impuesta por la Ley de Extranjería¹⁶³ a la autoridad judicial, de comunicar las resoluciones favorables a la expulsión a los servicios competentes del Ministerio del Interior, quienes podrán proceder a la detención y conducción del extranjero al puesto de salida por el que haya de realizarse la efectiva expulsión¹⁶⁴, y además, por la prohibición de entrada en España, por un período mínimo de tres años, que conforme al artículo 36.1 de la Ley de Extranjería, lleva aparejada toda expulsión del territorio español. Conjunción de medidas que permiten lograr el fin perseguido, garantizar la seguridad y el orden público, mediante la efectiva salida de España de extranjeros, delincuentes de poca monta, que son, sin embargo, causantes de problemas de inseguridad ciudadana.

¹⁶³ Art. 21.3 de la Ley Orgánica 7/1985.

¹⁶⁴ Art. 33.1 de la Ley Orgánica 7/1985, que señala en su nº 2, que dichas expulsiones se llevarán a cabo a costa del extranjero expulsado si tuviera medios económicos para ello.

La denegación de la autorización judicial para proceder a la expulsión, no vincula ni condiciona, sin embargo, las decisiones gubernativas futuras, pues como según establece el artículo 87.1 b), en su párrafo segundo, "si el Juez no autorizase la expulsión, ello no impedirá que en el momento oportuno, la Dirección de la Seguridad del Estado pueda hacer uso de las facultades que le atribuye el artículo 26.1 de la Ley". Entendiendo por momento oportuno, naturalmente, aquel en que el extranjero deje de estar encartado en un procedimiento penal, bien porque no haya sido procesado o haya sido absuelto o bien porque haya sido condenado y hubiera depurado todas sus responsabilidades penales, momento en el cual las autoridades gubernativas podrán ejecutar la expulsión gubernativa decretada con anterioridad, que llevará aparejada la prohibición de entrada en España, por un periodo mínimo de tres años¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Situación esta última, condenado y cumplida la pena, que lleva a E. SEGARRA TRIAS en Los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas de los extranjeros en España, cit. p. 211, a considerar que la expulsión posterior se trata de un claro ejemplo de vulneración del principio de «non bis in idem», posición que no comparto, dado que la condena penal y cumplimiento de la pena se producen como consecuencia de actividades consideradas en nuestro Ordenamiento Jurídico como delitos tipificados penalmente, mientras que la posterior expulsión se produce como consecuencia de la tramitación de un procedimiento de expulsión porque dicho extranjero se encontraba ya incurso en alguno de los supuestos de expulsión previstos en el art. 26.1 de la Ley de Extranjería, al mismo tiempo que el proceso penal, y que fue la causa por la que la autoridad gubernativa solicitó la autorización judicial de expulsión. La posición de SEGARRA TRIAS, parece confundir esta situación, que es la real, con la posibilidad de que a cualquier extranjero condenado en España, contra el que no se hubiera abierto expediente de expulsión previo, una vez cumplida su pena pueda ser expulsado en base al supuesto c) del art. 26.1 de la Ley, que admite la expulsión de extranjeros, que "haya sido condenados dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados", situación, que pudiera ser considerada como una vulneración del principio de «non bis in idem».

2). Expulsión sustitutiva de la condena.

Esta es la única expulsión judicial propiamente dicha, pues es una facultad autónoma del Juez, que no está sujeta a la previa solicitud por parte de la autoridad gubernativa de una autorización de expulsión, aunque la expulsión judicial, una vez recaída sentencia firme, puede significar la rectificación de una negativa a conceder la autorización de expulsión solicitada en fase procesal anterior, sin embargo, en uno y otro caso, la expulsión es judicial, no gubernativa. Consiste en la facultad del juez o Tribunal que conozca del caso, para acordar la expulsión del territorio nacional español de extranjeros condenados en sentencia firme por un delito menos grave, en sustitución de las penas que le fueron impuestas. Tal medida sólo podrá adoptarse previa audiencia del interesado y siempre y cuando satisfaga sus responsabilidades civiles¹⁶⁶, "todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta"¹⁶⁷. Por este motivo, no se puede considerar, totalmente, esta expulsión judicial como una sanción sustitutoria, ya que no se trata de cambiar la pena por otra sanción, sino más bien a acumularla, según se deduce del propio texto normativo, pues si regresara antes de prescribir ésta tendría que cumplir la condena¹⁶⁸. Por ello,

¹⁶⁶ El problema se presenta cuando el extranjero condenado es insolvente, en este tipo de supuesto la práctica habitual en lo que se refiere a nacionales, es cancelar estas responsabilidades dado que por su insolvencia no va a poder afrontarlas, por lo que se puede pensar que se aplicará el mismo criterio a los extranjeros.

¹⁶⁷ Arts. 21.2 párrafo segundo de la Ley Orgánica 7/1985 y 82.1 b) del R.D. 1119/1986.

¹⁶⁸ Regreso que por otra parte, le resultaría difícil o por lo menos arriesgado en el caso de que hubiese sido condenado a una pena superior a un año, ya que, según el artículo 14.1 b) del Real Decreto 1119/1986, tendrá prohibida su entrada en el territorio español y, por lo tanto, se le impedirá el acceso al mismo, acceso que si lo logra podrá ver truncado, no sólo por el cumplimiento de la pena, sino por una medida de expulsión, ya que, en este caso, entra de lleno en el supuesto c del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985 y, por lo tanto, podrá ser

parece más bien una pena de extrañamiento, con una duración igual a la condena que le ha sido impuesta por la autoridad judicial, en sentencia firme.

Una circunstancia que llama la atención es el hecho de que esta decisión judicial, según establece la Ley de Extranjería, prevea la audiencia del interesado, pero no la del Ministerio Fiscal, circunstancia que ha sido considerada en la Consulta de 18 de noviembre de 1987¹⁶⁹, que señala que el fiscal ha de ser oído antes de pronunciarse el Juez pues "una medida como ésta que afecta a la ejecución de condenas impuestas no podrá acordarse -aunque la Ley no lo diga- sin previa audiencia del Ministerio Fiscal, una de cuyas funciones es velar por el cumplimiento exacto de las resoluciones judiciales que afectan al interés público y social (art. 3.9 del Estatuto del Ministerio Fiscal)".

Decretada la expulsión por la autoridad judicial, será comunicada a las autoridades competentes del Ministerio del Interior para proceder a su efectiva ejecución, que se llevará a cabo como en los supuestos anteriores, quedando así garantizado el fin previsto en la Ley, evitar la acumulación de presos extranjeros en las sobrecargadas prisiones españolas, logrando con ello un efectivo ahorro del gasto público¹⁷⁰.

expulsado de España, a no ser que sus antecedentes penales hayan sido cancelados.

¹⁶⁹ Consulta 5/1987, de 18 de noviembre, cit.

¹⁷⁰ El Ministerio de Justicia, pretende que se potencie la aplicación de la medida de expulsión judicial, con objeto de evitar acumulación de presos extranjeros en los establecimientos penitenciarios españoles. Al respecto, según el Secretario General de Asuntos Penitenciarios, Sr. Antoni ASUNCION, las cárceles españolas albergan a 5.292 personas de 81 países diferentes que suponen al tesoro público un desembolso anual de 16.000 millones de pesetas. Este colectivo de extranjeros representa el 17% del total de la población reclusa y "constituyen un colectivo que ofrece una problemática específica desde el punto de vista penitenciario, pues, resulta extremadamente difícil la inserción social de gran número de ellos en España, país en el que normalmente no tiene perspectivas laborales, carecen de medios lícitos de subsistencia y se ven prácticamente abocados al delito o a depender endémicamente de instituciones asistenciales". Vid. diario "el País" de 2 de mayo de 1992.

4º.- Infracciones, Sanciones y Recursos.

A) - Infracciones.-

Las disposiciones de la Ley de Extranjería en materia de infracciones y sanciones tienen el complemento de las establecidas por la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana de 21 de febrero de 1992. La Ley de Extranjería señala que el incumplimiento de las obligaciones que impone dará lugar al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, que será preciso se ajuste a lo establecido en la Ley y disposiciones que la desarrollen¹, sumisión que expresa el reconocimiento del Principio de Legalidad establecido en el artículo 25.1 de la Constitución².

¹ Art. 25.1 de la Ley Orgánica 7/1985.

² Art. 25 de la Constitución, que como señala el Prof. GARCIA DE ENTERRIA, al usar "el término «legislación» y no el de Ley, suscita la cuestión de si se está refiriendo a cualquier norma o sólo, precisamente, a la Ley formal, ésto es, si se trata de una verdadera reserva de Ley. En favor de esto último militan razones decisivas. Primero, que tal es, incuestionablemente, el caso de las infracciones penales, y la equiparación entre éstas y las administrativas es completa en el art. 25 (aunque el Tribunal Constitucional ha precisado -Sentencias de 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1986- que la previsión de penas privativas de libertad, al poner en juego el art. 17 de la Constitución requiere, además Ley Orgánica). Segundo, el carácter de derecho fundamental que tiene la formulación de dicho artículo 25 (y así no ha podido dejar de subrayarlos el Tribunal Constitucional: Sentencias de 23 de octubre de 1983, 29 de marzo de 1990 etc.), lo que hace entrar en juego el artículo 53.1 de la Constitución, según el cual, «sólo por Ley ...podrá regularse el ejercicio de tales derechos ». En tercer término -lo que , en último extremo, no es sino una especificación de lo anterior-, porque delimitando la Ley sancionatoria el ámbito de lo lícito y de lo ilícito sancionable, y por tanto, las fronteras de la libertad, este efecto capital en la vida social no puede quedar deferido a una simple norma reglamentaria (Sentencias TS de 19 demayo de 1982, 18 de abril de 1983 etc.)". Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA Y T.R. FERNANDEZ: Curso de Derecho Administrativo II, Madrid 1991, pp. 172-173, cit., pp.164. El Principio de legalidad en materia sancionadora

La Ley de Extranjería establece las conductas que tendrán, "en todo caso", la calificación de infracciones³, conductas directamente relacionadas con los trámites administrativos necesarios para residir legalmente en España y que hacen referencia a la omisión de solicitud de permisos de residencia y de trabajo o de sus renovaciones, así como a la falta de comunicación relativa a las modificaciones de las circunstancias que motivaron su concesión o que alteren esencialmente la situación

ha tardado en ser reconocido, desde la aprobación de la Constitución la interpretación del término "legalidad" fue bastante conflictiva, la Jurisprudencia había dado lugar a enormes incertidumbres y el Tribunal Constitucional sólo había hecho tímidas alusiones (STC 16 de junio 1982, STC 2 de diciembre 1982), sólo el Consejo de Estado en Dictamen de 1 de julio de 1982 declaró firmemente aplicable este principio al Derecho Administrativo Sancionador, aunque este Dictamen no fué secundado por la jurisprudencia. La STC de 3 de octubre de 1983, vino a zanjar la cuestión declarando al referirse a los límites de la potestad sancionadora de la Administración: "La legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma legal, como consecuencia del carácter excepcional de los poderes administrativos", aunque es preciso señalar que esta STC no es todo lo contundente que debiera y habrá que esperar a la STC de 7 de abril de 1987, para que se desvaneciese cualquier duda sobre la unidad del fenómeno sancionador en cuanto exigencia de Ley, tal y como pide el art. 25 de la Constitución. Vid. J. SUAY RINCON: Sanciones Administrativas, Publicaciones del Real Colegio Español de Bolonia, 1989, pp.171-174. El Proyecto de Ley de Régimen de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE, Congreso de los Diputados, Serie A, nº 82.1 de 4 de marzo de 1992) contribuye a homologar el ejercicio de la potestad sancionadora a los principios constitucionales. El Título IX del Proyecto, con la rúbrica "De la Potestad Sancionadora", ya es, en si, sintomático de la voluntad de normalización expresada con claridad en la Exposición de Motivos del Proyecto: "...la Constitución, en su artículo 25, trata conjuntamente los ilícitos penales y administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad, especialmente cuando el campo de actuación del Derecho administrativo sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes de campo penal no subsistentes en el mismo en aras al principio de mínima intervención".

³ Art. 25.2 de la Ley Orgánica 7/1985.

personal de los extranjeros en España, conductas, que, por otra parte, y a tenor de propia ley de Extranjería, pueden, incluso, dar lugar a la expulsión del territorio nacional⁴.

Son también consideradas por la Ley⁵ como infracciones, las acciones u omisiones de aquellas personas o entidades que promuevan o encubran a extranjeros en situación ilegal o que ayuden a incumplir alguna de las obligaciones establecidas por Ley.

Asimismo, son consideradas como infracciones por la Ley, el incumplimiento, por parte de los extranjeros, de las normas aplicables según la respectiva actividad (mercantil, agrícola, industrial, etc...), que serán sancionadas por los Ministerios u Organismos competentes, de acuerdo con su legislación específica.

La Ley de Extranjería sólo establece la conexión entre infracción y sanción aplicable desde la correlación de los supuestos, ya analizados, que puedan determinar la expulsión del territorio español de los extranjeros que incurran en ellos, pero desde la ambigua referencia contenida en la previsión, más que disposición, según la cual: "Los extranjeros podrán ser expulsados de España, por el Director General de la Seguridad del Estado, cuando incurran en alguno de los supuestos". Hemos tenido ocasión de apreciar la problemática implicada en la tipificación de los supuestos y las secuelas de discrecionalidad que otorga a quien tiene que resolver, incluso, el menor nivel de concreción en relación con controvertidos textos legales, como la Ley de Peligrosidad Social que, en su deficiencias, al menos, calificaba la mendicidad como habitual, y hacía un esfuerzo de resolución, que evitaba caer en la tautología de concluir calificando como ilegales las situaciones de ilegalidad, reflexión a la que

⁴ Art. 26.1 a) b) y e) de la Ley Orgánica 7/1985.

⁵ Art. 25.3 de la Ley Orgánica 7/1985.

fuerza el artículo 26.1 f) de la Ley de Extranjería, al considerar como último de los supuestos que podrá determinar la expulsión: "Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales".

La Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana establece, en directa referencia a los extranjeros, el deber de identificación de los extranjeros que se hallen en España, obligandoles a disponer de la documentación, que "con arreglo a las normas vigentes", permita acreditar su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España⁶, facultando a los Agentes y Cuerpos de Seguridad para requerir la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento⁷. Como consecuencia de la trascendencia que concede a la posesión de la documentación acreditativa de la situaciones personales hace objeto de específica atención a la documentación que se debe poseer, aportar o exhibir, considerando como infracción grave: La alegación de datos o circunstancias falsas para la obtención de las documentaciones previstas por la Ley, siempre que no constituyan delito⁸, y como infracción leve: el incumplimiento de la obligación de obtener la documentación personal⁹ y la negativa a entregar la documentación personal cuando hubiera sido acordada su retirada o retención¹⁰, medida esta última que sólo podrá aplicarse a los

⁶ Art. 11 de la Ley Orgánica 1/1992.

⁷ Art. 20 de la Ley Orgánica 1/1992.

⁸ Art. 23 j)) de la Ley Orgánica 1/1992.

⁹ Art. 26 a) de la Ley Orgánica 1/1992.

¹⁰ Art. 26 b) de la de Ley Orgánica 1/1992.

extranjeros en los "mismos supuestos previstos para el Documento Nacional de Identidad"¹¹. La tipificación como infracción grave a la seguridad ciudadana, de la alegación de datos o circunstancias falsas para la obtención de las documentaciones previstas por la Ley, y como infracción leve, del incumplimiento de la obligación de obtener la documentación personal, queda neutralizada, en lo que se refiere a los extranjeros, por la previsiones de la Ley de Extranjería, que configuran la ocultación dolosa o falsedad grave en las circunstancias relativas a su documentación y el incumplimiento de la obligación de obtención de la documentación necesaria para permanecer en España legalmente, como causas suficientes para motivar la expulsión del territorio español¹².

En el ámbito reglamentario el artículo 75 del Reglamento de la Ley de Extranjería, sintetiza más que sistematiza, las diversas actividades consideradas como infracciones, de acuerdo con las determinaciones señaladas por la Ley, sin que le sea posible poder establecer los criterios o pautas en virtud de los cuales se diferencian tales infracciones a efectos de sanción, cuestión previa que tenía que haber sido resuelta por la Ley de Extranjería. Con habilidad, no carente de riesgos, busca la directa conexión con el texto legal y dispone "Son infracciones a lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España:

¹¹ Art. 11 de la Ley Orgánica 1/1992. El Documento Nacional de Identidad, sólo podrá ser retirado al objeto de evitar su uso como documento supletorio del Pasaporte (entregando un documento supletorio que permita su identificación personal), como consecuencia de resoluciones judiciales que conlleven la privación o limitación de libertad de residencia o movimiento, mientras no se hayan extinguido o cuando la autoridad judicial prohíba la salida de España del interesado porque se halle inculcado en un proceso penal, según establece el art. 10 de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

¹² Art. 26. 1 a), b) y e) de la Ley Orgánica 7/1985.

1. La entrada en España: Careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles, por lugares que no sean pasos fronterizos habilitados, o contraviniendo las prohibiciones de entrada legalmente impuestas.

2. Encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducados la prórroga de estancia, el permiso de residencia o documentos análogos, cuando fueran exigibles.

3. Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o teniéndolo caducado, cuando su tenencia sea obligatoria.

4. La omisión o el retraso en la comunicación a las dependencias policiales de los cambios de nacionalidad o de domicilio, así como, en los casos correspondientes, las alteraciones de su situación laboral.

5. La omisión de la comunicación a las dependencias policiales de otras circunstancias determinantes de su situación, cuando hubieran sido formalmente requeridos para ello, dentro del plazo de diez días que se les hubiera concedido en el requerimiento.

6. Incurrir en demora u ocultación dolosa o en falsedad grave, en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior las circunstancias relativas a su situación, a que se refieren los dos apartados anteriores.

7. La celebración por extranjeros de reuniones públicas en lugar cerrado o en lugares de tránsito público, así como manifestaciones, sin la autorización necesaria, contra la prohibición acordada por la autoridad competente, o en fechas, horarios, lugares o itinerarios distintos a los autorizados, contra lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio¹³.

¹³ Con referencia en este supuesto, como ya hemos señalado, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 115/1987, de 7 de julio de 1987, cit., declaró inconstitucional la autorización previa para ejercitar el derecho de reunión en local cerrado o manifestaciones en lugares públicos, al considerar que la Constitución reconoce el ejercicio de este Derecho, sin previa autorización, a todos, no a los ciudadanos españoles en exclusiva, por lo que considera que el ejercicio de este derecho ha de quedar sometido a los mismos límites que sí lo

8. El funcionamiento o la realización de actividades por asociaciones integradas mayoritariamente por extranjeros, que se hallaren suspendidas en virtud de acuerdo del Consejo de Ministros, en contra de lo dispuesto en el artículo 8º, 2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio¹⁴.

9. El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica, de alejamiento de frontera o de núcleos de población determinados o de residencia obligatoria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6º de la citada Ley.

10. Estar implicado en actividades contrarias al orden público o la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países.

11. Ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales.

12. Las acciones u omisiones de aquellas personas o Entidades que promuevan, medien o amparen la situación ilegal de extranjeros en España o faciliten el incumplimiento de cualesquiera obligaciones que a éstos señalen las disposiciones vigentes .

13. Las salidas del territorio español, por puestos no habilitados, sin exhibir la documentación prevenida o contraviniendo las prohibiciones legalmente impuestas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 de la ejercieran los españoles, es decir a los límites establecidos en la ley Orgánica 9/1983 de 15 de julio, que regula el Derecho de Reunión.

¹⁴ En lo que afecta a este supuesto, como ya hemos señalado, la citada STC 115/1987, cit., declara inconstitucional la suspensión de las asociaciones integradas mayoritariamente por extranjeros, por el Consejo de Ministros, al considerar que sí la Constitución reconoce este Derecho a todos y establece que la única forma de suspender una asociación será por resolución judicial motivada, las asociaciones formadas por extranjeros han de ser suspendidas de la misma forma, ya que la suspensión cautelar ordenada por el Juez es un forma suficiente de protección de los intereses españoles.

Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio".

El texto transcrito presenta como único elemento de coherencia, el numerar las infracciones relativas a la entrada en España, con el número uno, y conceder el numeral trece, a las infracciones relativas a la salida de los extranjeros de España. Desde la referencia del Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y desde la coherencia que pretenden aportar a la Potestad Sancionadora la previsión de clasificar las infracciones administrativas en leves, graves y muy graves¹⁵, es una obvia limitación de las infracciones y de las sanciones en materia de extranjería, y la exigencia de que las sanciones "estarán delimitadas por la Ley"¹⁶, es otro significativo punto de contraste, que no requiere más comentarios. Las deficiencias en la configuración legal de las infracciones y de las sanciones a la Ley de Extranjería hacen inviable el que el Reglamento colabore a la perfectibilidad de los mandatos legales, dejando la habilitación prevista en el referido Proyecto de Ley, para que las disposiciones reglamentarias establezcan especificaciones al cuadro de las establecidas legalmente¹⁷, en una alternativa, que ni el Reglamento de 1986 ha podido cumplir ni sucesivos intentos reglamentarios podrán llegar a materializar.

¹⁵ Art. 127.1, párrafo 2º del Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOC, Congreso de los Diputados, Serie A, nº 82-1, de 4 de marzo de 1992).

¹⁶ Art. 127.2 del Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cit.

¹⁷ Art. 127.3 del Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cit.

B) – Sanciones.–

El mandato del artículo 25.3 de la Constitución que prohíbe a la Administración la imposición de sanciones "que directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad"¹⁸ tiene su prueba en el específico ámbito de la extranjería, en la medida en que las infracciones y la efectividad de las sanciones que generan pueden derivar a supuestos de expulsión, cuya efectividad requiere, prácticamente como regla, de medidas que implican privación de la libertad. En este sentido es muy gráfica la secuencia del Título VI de la Ley que, bajo el epígrafe "Infracciones y Sanciones", la primera determinación, de carácter global, que realiza, en cuanto a los efectos sancionatorios de las infracciones, es que "los extranjeros podrán ser expulsados" (art. 26.1), para establecer en el párrafo siguiente que se "podrá proceder a la detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancia el expediente".

Ya ha sido analizada la problemática implicada en la conexión de la detención preventiva con los centros de detención, privados de carácter penitenciario y sujetos a Intervención judicial y, desde sus datos se aprecian las excepciones a las reglas que rigen el régimen sancionador. Estas circunstancias producen la obligada atención legal y reglamentaria y, en este sentido, está la previsión de la Ley, según la cual las infracciones que den lugar a la expulsión, conforme a la propia previsión legal de los supuestos de expulsión, no podrán ser objeto de sanción pecuniaria¹⁹, previsión legal que, por efecto del difícil automatismo de

¹⁸ El Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en su art. 129.1 es muy preciso en correlación con el art. 25 de la Constitución: "Las sanciones administrativas, sean o no de carácter pecuniario, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente privación de libertad".

¹⁹ Art. 27.3 de la Ley Orgánica 7/1985.

los supuestos que determinan la expulsión, tiene la extraña derivación reglamentaria, que dispone: "la imposición de sanciones pecuniarias impedirá la instrucción de expedientes de expulsión, salvo en el caso de impago de sanciones"²⁰. Con este precepto, los desajustes conceptuales de la Ley en la tipificación de los supuestos de expulsión y los componentes de apreciación discrecional que alimenta, pueden derivar a conceder efectos económicos sancionatorios a supuestos que pudieran y debieran provocar la sanción de expulsión, y ello, tanto por efecto de las menores complicaciones procedimentales, como por la circunstancia de las reponsabilidades que tiene que asumir el funcionario proponente de la expulsión²¹, en referencia a la opción de efectos pecuniarios.

Los criterios en los que han de basarse las autoridades competentes para imponer estas sanciones están especificados en el Reglamento de de la Ley de Extranjería, que señala que la cuantía se adecuará "a criterios objetivos y subjetivos de proporcionalidad, que tengan en cuenta la gravedad de la infracción cometida, deduciendola de los perjuicios causados a los intereses protegidos por la Ley Orgánica 7/1985 y a la buena o mala conducta del infractor, deducible de sus antecedentes, su situación personal y medios económicos de que disponga"²². La pretensión de objetivar la imposición de las sanciones a extranjeros, tiene los efectos relativizadores de no estar determinado que tipo de infracciones serán

²⁰ Art. 77.2 del R.D. 1119/1986.

²¹ Las autoridades competentes para imponer las sanciones a las infracciones previstas por la Leyes de Extranjería y de Seguridad Ciudadana son, el Ministro del Interior o el Director de la Seguridad del Estado a propuesta del Director General de Policía, y los Gobernadores Civiles conforme a la delegación de competencias ya estudiada, a propuesta de los Jefes Superiores, Comisarios provinciales y locales de Policía, según establece el art. 76.1 del R.D. 1119/1986,

²² Art. 76.4 del R.D. 1119/1986.

sancionadas por cada uno de las autoridades competentes, al limitarse a establecer el tope máximo pecuniario que cada autoridad podrá imponer²³, y la multiplicidad de autoridades competentes para imponerlas, lo que supondrá la coexistencia de criterios diferenciadores y la polivalencia de los efectos, cuya verificación en su corrección jurídica remite al control "a posteriori" de los actos por parte de los Tribunales. Referencia en el control de la actividad administrativa sancionatoria²⁴

²³ La cuantía máxima de las sanciones es la fijada en hasta 2.000.000 de pts. que puede ser impuesta por el Ministro del Interior, las sanciones de hasta 1.000.000 de pts. podrán ser impuestas por el Director de la Seguridad del Estado y las sanciones de hasta 500.000 pts. por los Gobernadores Civiles de cada provincia, según dispone el artículo 76.2 del R.D. 1119/1986, cuantías que podrán ser actualizadas por el Gobierno conforme al Índice de Precios al Consumo, según establece la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 7/1985. De nuevo una Ley especial habilita a las autoridades administrativas para la imposición de sanciones, de una cuantía muy superior a la autorizada a los Jueces en el Libro III del Código Penal, relativo a las faltas, que en virtud del art. 603 del mismo Código es sustitutorio, y que permite volver observar, según señala E. GARCIA DE ENTERRIA en Curso de Derecho Administrativo II, cit., pp.188-189, como resulta insólito favorecer a la autoridad administrativa con poderes sancionatorios más extensos que a los jueces, cláusula en blanco, que "por el juego combinado y sistemático de los principios constitucionales recogidos en el art. 25.1, que proscribía absolutamente las sanciones indeterminadas y del art. 33 que reconoce y ampara la propiedad privada y prohíbe de manera inidirecta, pero clara, la confiscación de bienes, ha de rellenarse necesariamente con la estimación de la finalidad resarcitoria y de comiso de los efectos de la infracción que se acumulan en la multa. En otros términos: la ilimitación o los límites excesivos llaman a la cuantía del resarcimiento o del importe de los beneficios ilícitos obtenidos por el culpable, beneficios que han de ser decomisados, no a una verdadera facultad sancionatoria estrictamente tal, la cual hay que entender necesariamente limitada, en su estricto sentido, a la cifra inicial que se parte. De este modo, cualquier cifra de la multa por encima de esa cifra última tasada sólo podrá admitirse en virtud de, al menos, un principio de prueba que justifique dicho exceso en la finalidad resarcitoria o de comiso de los efectos de la infracción, en correlación, pues, con los daños o perjuicios a resarcir o con la cuantía de dichos efectos o de los dos".

²⁴ Art. 106.1 de la Constitución. Como señala el Prof. GARRIDO FALLA en "Comentario

que obliga a recordar la homologación de la Ley Orgánica de Derecho y Libertades de los Extranjeros de 1985 con el artículo 19 de la Ley de Orden Público de 1959. Ambas se marginan del sistema habitual para determinar la relación infracción-sanción y operan con el método de determinar por una parte todas las infracciones, conforme hemos apreciado en la sistemática relación transcrita, estableciendo la gravedad de las sanciones en relación a la autoridad que las impone²⁵.

El énfasis del Reglamento en la consideración de los aspectos subjetivos que puedan concurrir en los extranjeros objeto de posibles medidas sancionatorias, hay que calificarlo, desde la aplicación del Principio de Proporcionalidad, como de dudosa calidad jurídica²⁶, y predeterminado por criterios más próximos al paternalismo autoritario, que al rigor en el ejercicio de la potestad sancionadora, si bien, es preciso no olvidar, que la calidad jurídica, que pudiera pretender el Reglamento está seriamente obstaculizada por la falta de condiciones

al artículo 106.1 de la Constitución", en Comentarios a la Constitución. Madrid 1980, p.1066: "la limitación de la discrecionalidad... se produce por consecuencia de la atribuciones que la Jurisdicción contenciosa-administrativa tiene (y que la jurisprudencia subraya cada vez más enfáticamente) para apreciar la oportunidad de los hechos que han servido de fundamento (causa) a la decisión administrativa". En definitiva, pues, el Estado de Derecho tiende, por su propia fuerza expansiva, a reducir cada vez mas las facultades discrecionales a sus justos límites". Alternativa objeto del significativo y ya clásico estudio del Prof .E GARCIA DE ENTERRIA: "La lucha contra las inmunidades del poder en Derecho Administrativo" en «RAP». 1962.

²⁵ Vid. J.TORNOS: "Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la Jurisprudencia contenciosa-administrativa" en «REDA». 1975, p. 610.

²⁶ Con muy poca sensibilidad al Principio de proporcionalidad como Principio General del Derecho que disciplina el ejercicio de potestades y a los presupuestos jurídicos que tal principio implica. Al respecto, J.I LOPEZ GONZALEZ: El Principio General de Proporcionalidad en Derecho Administrativo, IGO, Sevilla 1988, en particular pp. 107-115 y 131-136.

previas de la Ley que desarrolla. La Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana se orienta por los mismos criterios, ya que, aunque en principio establece una clara distinción entre infracciones graves y leves, esta objetivación de las infracciones se ve influenciada por criterios subjetivos al permitir la Ley, en su artículo 24, que algunas de las infracciones graves puedan ser consideradas, por las autoridades competentes, como muy graves en determinadas situaciones (dependiendo del riesgo producido o de perjuicio causado...) referencias que concurren con la multiplicidad de autoridades competentes a la hora de imponer los distintos tipos de sanciones²⁷.

Como afortunado elemento de contraste en la necesaria operatividad de los principios jurídicos que disciplinan el ejercicio de la Potestad Sancionadora, puede ser aportada la regulación de que es objeto en el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, donde la voluntad de identificación con los principios penales rige la redacción del Título regulador de los principios básicos a que debe someterse en el ejercicio de la potestad sancionadora que, en todo caso, pasarán a ser criterios rectores del actuar público en los procedimientos de extranjería y, en consecuencia, correctores de las normas en conflicto con ellas.²⁸

²⁷ Arts. 28 y 29 de la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

²⁸ Muy precisa es la Exposición de Motivos del Proyecto: "...la Constitución, en su artículo 25, trata conjuntamente los ilícitos penales y administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad, especialmente cuando el campo de actuación del Derecho administrativo sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes del campo penal no subsistentes en el mismo en aras del principio de mínima intervención. En tales principios destaca el de legalidad o «ratio democrático» en virtud del cual es el poder legislativo el que debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la Administración y el de tipicidad, manifestación en este ámbito del de seguridad jurídica, junto a los presunción de inocencia, información, proporcionalidad, interdicción de la analogía etc. ".

Procedimiento sancionador.

La imposición de sanciones, en los supuestos de infracción previsto en la Ley de Extranjería requiere la instrucción de un procedimiento sancionador, llevado a cabo en calidad de órgano instructor, por los Servicios correspondientes de la Dirección General de la Policía, cuando la resolución sea competencia del Ministro del Interior o del Director de la Seguridad del Estado, o por las Jefaturas Superiores, Comisaría de Policía y Comisaría Locales de Policía, cuando corresponda la resolución al Gobernador Civil, que deberá llevarse a cabo de acuerdo con lo previsto

Punto XIV de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 4 de marzo de 1992, cit. Analogías entre el procedimiento sancionador y proceso penal, que desde la perspectiva doctrinal tiene la síntesis previa de J. SUAY RINCON, quien tras señalar el carácter de procedimiento especial del procedimiento sancionador, considera la reorganización que se produce entre los poderes de la Administración y las garantías de defensa del administrado, que tiene como consecuencia el incremento de poderes de instrucción de la Administración y de las garantías del administrado. Estas diferencias con el procedimiento ordinario, ponen de manifiesto las analogías con el proceso penal, en el cual se persigue la misma finalidad: asegurar la efectividad del ordenamiento jurídico, y en el que también los poderes de autoridad y las garantías de defensa son máximos. Por ello, no es de extrañar que se apliquen en ambos casos los mismos principios: principio de presunción de inocencia, libertad de apreciación de la prueba, validez de cualquier medio de prueba, exigencia de motivación de las resoluciones, prohibición de declarar contra sí mismo, prohibición de la «reformatio in peius», libertad en la adopción de medidas cautelares etc. Lo que llama la atención sin embargo, son las diferencias que todavía se producen, como por ejemplo, la suspensión de la ejecutividad de la sanción, que presenta la paradoja de ser más favorable para el particular la suspensión de las sanciones penales que las administrativas. Diferencias, ésta y otras, que subsisten porque al juez penal le está encomendado la represión de transgresiones más graves. Con todo las diferencias sólo son de grado, ya que sustantivamente en ambos casos se acomodan a los mismos principios y en el procedimiento sancionador se advierten las mismas piezas, aunque en un estado más rudimentario que en el proceso penal. Vid. J. SUAY RINCON: Sanciones Administrativas, cit., pp. 201 y 108-110.

en el artículo 135 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo²⁹, excepto en los supuestos en los que las sanciones se deriven del incumplimiento de las disposiciones legales sobre trabajo de extranjeros, es decir en los supuestos de extranjeros que trabajen sin el correspondiente permiso de trabajo y de empresarios que utilicen trabajadores extranjeros "ilegales", en cuyo caso la competencia para instruir los expedientes y para la imposición de las sanciones corresponderá a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social³⁰. Siendo

²⁹ Arts 31 de la Ley Orgánica 7/1985 y 77.1 del R.D. 1119/1986. Título VI, Capítulo II, arts. 133-137 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, que como señala el Prof. GARCIA DE ENTERRIA en su Curso de Derecho Administrativo II, cit., p.172, "no obstante su valor de derecho común y supletorio, es en extremo concisa y en principio muy insuficiente. Hay que entenderla complementada por de pronto con los principios generales del procedimiento administrativo, dado su carácter de «procedimiento especial» dentro de la LPA y, sobre todo, con los básicos derechos de defensa establecidos posteriormente en la Constitución. La identidad de principios entre la potestad administrativa sancionatoria y la potestad punitiva penal, proclamada por el Tribunal Constitucional, ha de entenderse que se extiende también necesariamente al plano de las garantías mínimas que el Derecho Procesal Penal contiene en desarrollo de dichos derechos de defensa". Vid. GARCIA DE ENTERRIA: Curso de Derecho Administrativo II, cit., p.182.

³⁰ Arts. 28.1 de la Ley Orgánica 7/1985 y 78 del R.D. 1119/1986. Con la finalidad de conseguir un mayor grado de efectividad en el control de las situaciones irregulares, que afectan a extranjeros, la Ley de Extranjería preve que los órganos centrales y periféricos del Ministerio de Trabajo que conozcan en el ejercicio de su función de alguna infracción referente a la entrada y permanencia de extranjeros en España, den cuenta a la Dirección General de Policía o a los Gobiernos Civiles de la infracción descubierta para que procedan de oficio, en correspondencia y en desarrollo del principio de coordinación, las autoridades policiales comunicarán a la Dirección General del Instituto Español de Emigración, a las Inspecciones de Trabajo o a la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo, cualquier infracción a la reglamentación de la que tuvieran conocimiento en el desempeño de sus funciones (art. 79 del R.D. 1119/1986).

preciso tener en cuenta, que dichas infracciones serán tipificadas, en todo caso, como muy graves, y serán sancionados de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de 7 de abril de 1988, que deroga el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores³¹.

La designación del órgano instructor en los procedimientos sancionatorios contra infracciones gubernativas prevista en la Ley de Extranjería presenta una particularidad que conviene tener en cuenta, ya que el órgano que designó al instructor y bajo cuya dirección actúa éste es determinado, por la cuantía de la sanción, y no por la gravedad de la infracción cometida, -dado que en el contexto de la Ley, sólo es tipificada específicamente como infracción grave, la contratación de trabajadores extranjeros ilegales- y aquella en principio no se podrá determinar hasta la finalización del procedimiento sancionatorio. Lo que nos lleva a preguntar: ¿En base a que criterios se designa al instructor en los procedimientos sancionatorios sobre infracciones a la Ley de Extranjería? Pues el sistema utilizado de graduar las sanciones en base a los órganos que las imponen, parece retornar a la aplicación del sistema utilizado por la Ley de Orden Público, en que las sanciones aplicadas por infracciones a esta Ley eran "sanciones de plano", en las que no existía procedimiento propiamente dicho ni por lo tanto, órgano instructor, ni trámite de audiencia del interesado, ni vista del expediente.

En contraste con esta situación es necesario recordar que el Tribunal Constitucional³² ha declarado aplicable el artículo 24 de la

³¹ Ley 8/1988, de 7 de abril de 1988, sobre infracciones y sanciones en el orden social (BOE 15 de abril), que en su Capítulo V establece las "Infracciones en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros". El art. 28.1 de la Ley Orgánica 7/1985 y 78.2 del R.D. 1119/1986, se remiten al art. 57 del Estatuto de los Trabajadores, que ha sido derogado por la citada Ley 8/1988.

³² STC de 8 de junio de 1981, Magistrado Ponente: Sr. GOMEZ-FERRER MORANT, relativa precisamente a una sanción de plano: "debe partirse de que el mencionado precepto contempla, de forma directa e inmediata, como indica su propio tenor literal, el derecho a la

Constitución al Derecho Administrativo Sancionador. Como ha sido señalado por la más relevante doctrina: "Si la Constitución no ha llegado a la consagración del principio absoluto «nulla poena sine iudicium», que es uno de los primeros principios que se encuentran en la Historia de las Declaraciones de Derechos, sí ha admitido, aunque reducido y transformado sustancialmente, el poder sancionatorio de la Administración sobre los ciudadanos, resulta evidente que no ha podido hacerlo primando a dicho poder sobre el que corresponde a los Tribunales, dispensándole de las garantías substanciales con las que la propia Constitución ha definido el ámbito de la libertad física de dichos ciudadanos y el cauce estricto para destruir la básica «presunción de inocencia» en que esta libertad puede únicamente apoyarse"³³. El referido precepto constitucional viene a convertirse, como ha sido significado, en el plano adjetivo o procedimental lo que el artículo 25 representa en el plano sustancial³⁴.

tutela efectiva de los Jueces y Tribunales y a determinadas garantías de tipo procesal, con especial referencia al orden penal, sin aludir de forma expresa al ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración. Por ello es necesario determinar su ámbito, teniendo en cuenta que la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental"... "Las consideraciones expuestas en relación al ordenamiento punitivo, y la interpretación finalista de la norma fundamental, nos lleva a la idea de que los principios esenciales, reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento, han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza en artículo 9 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional"

³³ E. GARCIA DE ENTERRIA: "La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración" en «REDA», nº 29 (1981), pp. 364-365.

³⁴ J SUAY RINCON: Sanciones Administrativas, cit. , p. 182.

El procedimiento sancionatorio exige su estructuración en dos fases diferenciadas: una de instrucción y otra de resolución: en la fase de instrucción, se instruirá el expediente mediante la práctica de pruebas y actuaciones que conduzcan al esclarecimiento de los hechos y de las responsabilidades procedentes, y el instructor deberá elaborar el correspondiente "pliego de cargos", así como "la propuesta de resolución". El "pliego de cargos" será notificado al interesado quien en un plazo de ocho días, según establece el artículo 136.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo, podrá contestar lo que estime oportuno en el "pliego de descargos".

Presentado el "pliego de descargos" por el inculpado y practicadas las pruebas por él propuestas, el Instructor presentará la "propuesta de resolución", que contendrá la calificación de la infracción y la sanción que se propone en función de los hechos que se han probado durante el procedimiento. Esta propuesta deberá ser comunicada al inculpado para que, en el plazo de ochos días (art. 137 LPA), pueda presentar alegaciones a la defensa. Si en estas alegaciones solicitara la práctica de nuevas actuaciones o pruebas, se deberá proceder a nueva vista del expediente a efectos de alegaciones y para evitar la indefensión³⁵.

³⁵ El trámite de alegaciones es potenciado por la previsión establecida por el art. 105 c) de la Constitución al explicitar la audiencia de interesado, en el procedimiento administrativo. El hecho de que la LPA no hay previsto más que dos intervenciones del inculpado durante el procedimiento sancionador: la contestación al pliego de cargos y las alegaciones sobre la propuesta de resolución, parece indicar que aquí se acaban todas las garantías exigibles, sin embargo, como señala el Prof. GARCIA DE ENTERRIA, "es evidente que hay por lo menos dos garantías más que proceden de la aplicación de las reglas comunes del procedimiento administrativo: una, el derecho a vista de expediente (art. 91 de la LPA), derecho que también es inherente a la naturaleza de un proceso sancionatorio, que hace inconcebible que la Administración pueda acusar y sancionar en base a pruebas secretas, no conocidas por el inculpado; dos, el derecho del inculpado a proponer prueba (arts. 88 y ss de la LPA), también esencial a cualquier procedimiento precisamente represivo". Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA: Curso de Derecho Administrativo II, cit. p. 183.

Cumplido este trámite, no habrá replica por parte del Instructor, quien elevará la propuesta de resolución con todo lo actuado al órgano competente para imponer la sanción (art.137.2 LPA). La resolución sancionadora exige ser motivada, conforme al artículo 43.1 a) de la ley de Procedimiento Administrativo, y podrá ser objeto de recurso jurisdiccional.

Recurso jurisdiccional que como señala el Prof. GARCIA DE ENTERRIA, ha de garantizar la tutela efectiva ante los Tribunales, para lo que considera imprescindible un procedimiento específico que diera cabida a garantías no menores a las del proceso penal "y, por de pronto, a una cognición completa del problema de fondo en su conjunto y no sólo de verificación de la legalidad externa de la actuación administrativa sancionatoria"³⁶.

El problema fundamental que se presenta en la interposición de recurso contra una medida sancionatoria impuesta por la Administración está materializado en la posibilidad o no de suspensión de la ejecutividad de la sanción. El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 6 de junio de 1984, declara que la ejecutividad inmediata de los actos sancionadores impuestos por la Administración en el marco de una relación especial no viola el Derecho a la tutela judicial efectiva, lo que, a *sensu contrario*, habrá que entender que, si violan este Derecho, aquellas sanciones impuestas en el marco de una relación «común» cuya ejecutividad no se suspenda (relaciones «comunes» que son las que pueden dar origen a una sanción conforme a la Ley de Extranjería), y que es el problema de fondo del Derecho Sancionador, ya que no basta para cumplir el mandato contenido en el artículo 24 de la Constitución la posibilidad de someter a un Tribunal la suspensión del acto sancionatorio. Mientras no recaiga sentencia definitiva la suspensión ha de mantenerse,

³⁶ Vid su obra Curso de Derecho Administrativo II, cit, pp. 195.

ya que la Presunción de Inocencia no se viola por la imposición de la sanción sino por la inmediata ejecutividad de ésta, dado que es el Juez, en última instancia, quien está habilitado para pronunciarse sobre la culpabilidad del acusado o sancionado³⁷. Como matiz complementario, es de recordar que El Tribunal Constitucional, en Sentencias de 14 de febrero y 17 y 21 de julio de 1982, afirmó que el derecho a la tutela efectiva no se satisface con el mero derecho de acceso a los Tribunales, sino que exige que la posible sentencia estimatoria de las pretensiones ejercitadas tenga un efecto real sobre la situación jurídica para la que se demanda amparo³⁸.

El Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común reduce el desarrollo del procedimiento disciplinario expuesto de la Ley de 1958, a lo que el Capítulo II del Título IX intitula como "Principios del Procedimiento Sancionador" que deberán regir los específicos procedimientos legales o reglamentarios³⁹. La debida separación entre fase instructora y sancionadora, encomendándolas a órganos distintos y la exclusión de sanciones de plano son las premisas, más que principios, expresados por el Proyecto⁴⁰. Los Derechos del presunto responsable, las medidas de

³⁷ Vid. M. RUBIO: "De nuevo sobre la potestad sancionatoria: La Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 1984", en «REDA» 1984, p.481-482.

³⁸ Vid. J.A SANTAMARIA: "Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso", en «RAP», nº 100-102 (1983), vol.2, pp. 1609-1628.

³⁹ Art. 132.1 del Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁴⁰ Art. 132.2 y 3 del Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

caracter provisional, la presunción de inocencia y la determinación de los requisitos y efectos de la resolución⁴¹, son los los cuatro grandes bloques temáticos que sintetizan y particularizan los principios del Procedimiento Sancionador.

El análisis de estos principios vuelve a permitir apreciar las peculiaridades que afectan a los extranjeros, donde el contundente mandato de que "En ningún caso se podran imponer sanciones de plano"⁴², contrasta de modo acusado con las fórmulas de devolución o de expulsión regulados en la Ley de Extranjería, en la que los elementos de incondicionada apreciación por parte de los funcionarios o autoridades que resuelven, de modo sumario, la adopción de tales medidas, muestra clara identidad con la sanción de plano, objeto de relativización si se considera que no hay, en el extranjero que pretenda entrar de modo ilegal en el territorio español, una relación jurídica preconstituida que legitime la aplicación de esta exigencia legal.

En idéntica línea argumental es notorio el contraste entre la concreción de los Derechos del presunto responsable, como el derecho a ser notificado de los hechos que se le imputan, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia; reconocimiento del derecho a formular alegaciones y a utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico que resulten procedentes y, complementariamente, el reconocimiento de los demás derechos reconocidos en el artículo 34 del⁴³ aún Proyecto de Ley,

⁴¹ Art. 133-136 del Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁴² Art. 132.3 del Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

cuya relación de derechos es enmarcada en la rúbrica "Derechos de los ciudadanos".

En el cierre de la relación de Derechos expuesta, que, en último término, remite al estatuto del ciudadano, subyace, una vez más, la interrelación derechos de la persona- derechos ciudadanos y el ámbito de aplicación de los derechos de los ciudadanos que son extensibles a las personas en las que concurre la circunstancia de ser extranjeros, en los que la precariedad en la situación personal fuerza a tener que apreciar la acusada diferencia existente entre las garantías formales y las exigencias requeridas para la validez de la notificación y su manifiesto contraste con situaciones subjetivas que no tienen posible encaje en tales requisitos, que son articulados desde la perspectiva del ciudadano, como parte de una estructura organizativa compleja y en ella integrada con las efectivas condiciones para ser participe del sistema y poder hacer así efectivos sus derechos, y entre ellos, el relativo al procedimiento⁴⁴.

Las mismas reflexiones obliga tener que hacer el reconocimiento del derecho a formular alegaciones, que si lleva implícito el derecho a vista del expediente, en correlación con el reconocimiento en el referido artículo 34 del derecho al acceso a Archivos y Registros Administrativos, satisfaciendo de ese modo las demandadas doctrinales preconsideradas, obliga a tener que apreciar, que la articulación de este sistema en relación con los extranjeros exigirá establecer el necesario apoyo organizativo de interprete y asesoría jurídica, que contribuya a hacer

⁴³ Art. 133 del Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁴⁴ En este sentido el riguroso detalle de que hace objeto el Prof. GONZALEZ NAVARRO en las páginas que dedica a la "Elaboración de los actos administrativos" desde su estricta vinculación al Procedimiento Administrativo General. Vid. su Derecho Administrativo Español, Vol. II, Epígrafe C, Capítulo XXI, Pamplona 1988, pp. 157-603.

verosímil lo que en las situaciones que afectan al mayor número de personas extranjeras, que incurren en procedimientos sancionatorios, no permite más que apreciar la gran diferencia entre una simple situación de hecho y el marco jurídico vertebrado para los que son capaces de articular relaciones jurídicas y poder actuar desde su preciso estatuto ciudadano.

Con estas contradicciones estructurales se identifican los contenidos implicados en las alternativas de procedimiento que pretenden garantizar la presunción de inocencia y la corrección jurídica formal y material de las resoluciones. Ello no obsta para que el carácter "común" - en los propios términos de la denominación que recibe el Proyecto- tenga que inspirar todas las actuaciones de funcionarios y autoridades en materia de procedimiento administrativo y, por ello, eliminar de raíz situaciones que puedan equipararse a actuaciones de hecho y que, en referencia directa a la devolución o expulsión, suponen sanciones de plano, lo que exige operar mediante los correspondientes procedimientos que identifican situaciones subjetivas documentadas, tipificadas, medios probatorios que motiven las resoluciones administrativas adoptadas y que, en su caso, permitan su inexcusable control administrativo o jurisdiccional, en ineludible adecuación a las exigencias constitucionales de sometimiento al Ordenamiento Jurídico de toda actividad administrativa, y muy en particular, de aquellos actos, que por enmarcarse en el ámbito del ejercicio de Potestades en las que concurren factores discrecionales, justifican, en meritoria aportación del Proyecto de Ley de Regimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la necesidad de la expresa motivación⁴⁵.

⁴⁵ Art. 52. g) del Proyecto de Ley: "Serán motivados con suscita referencia de hechos y fundamentos de derecho: g) Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales". Hay en este precepto un enorme potencial que contribuiría a eliminar la resignación que ante la situación del extranjero adopta AGUIRREAZKUENAGA al tratar esta problemática desde la doctrina italiana y avenirse al imponderable de que en esta materia se está ante un acto

La existencia del triple punto de referencia legal constituido por la Ley de Peligrosidad Social, Ley Orgánica de los Derechos y Libertades de los Extranjeros y Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana y la interpenetración de supuestos sancionatorios que contienen, en evidente detrimento del rigor y de la seguridad, y que sólo parcialmente permite resolver el principio de especialidad de la Ley de Extranjería, obliga a tener en consideración la problemática derivada de la concurrencia de sanciones, que, sin ignorar las implicaciones legales, doctrinales y jurisdiccionales que han condicionado este punto⁴⁶, tiene en el referido Proyecto de Ley una precisa alternativa, al disponer: "No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, administrativo de policía y en el procedimiento concreto de ejecución "casi todo está en manos del poder discrecional de la autoridad de policía". Vid. I. AGUIRREAZKUENAGA: La coacción administrativa directa, cit. p. 165.

⁴⁶ Vid. la reciente síntesis de J.M TRAITER: "Sanción Penal-Sanción Administrativa: el Principio «non bis in idem» en la Jurisprudencia", en «Poder Judicial», 1991, nº 22, pp. 113-133. Síntesis problemática que obliga a recordar sus causas, objeto de clara precisión doctrinal por el Prof. PARADA VAZQUEZ, que radicó en lo que calificó como la "rigidez e insuficiencia del sistema judicial penal" Vid. J.R. PARADA VAZQUEZ: "El poder sancionador de la Administración y crisis de sistema judicial penal", en «RAP» 1972, nº 67, pp. 83-87. También se hace necesario recordar los fallidos intentos del periodo constituyente por judicializar el régimen sancionatorio y que desde la valoración doctrinal del Senador y Profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, como patrocinador de la opción judicializadora y como oautor de la evaluación doctrinal de esta problemática en los años setenta, exige constatar que la situación de los años noventa tiene excesivas similitudes con la de los setenta y es de desear que la dinámica que marque el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Sancionador Común acabe definiendo una situación distinta. Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: Sanciones penales y sanciones gubernativas", en Problemas actuales del Derecho Penal y Procesal, Universidad de Salamanca 1971, pp. 9-18 y "La seducción por el Ordenamiento Jurídico, el principio de legalidad y las sanciones administrativas", en Materiales para una Constitución, Edit. AKAL, Madrid 1984, pp. 109-127.

hecho y fundamento"⁴⁷, enunciado que si permite la coexistencia de la sanción administrativa con la penal, obliga a reconocer la primacía de la jurisdicción penal y supone la exclusión de la posible acumulación de supuestos sancionatorios administrativos, con la excepción de la relación especial de sujeción⁴⁸.

C) - Recursos: Derecho a la defensa y garantías procedimentales.-

1.- Equiparación de nacionales y extranjeros en el Derecho a la Defensa ante los Organos Jurisdiccionales.

Los extranjeros gozan en España de los Derechos derivados del artículo 24 de la Constitución en las mismas condiciones que los nacionales, tal y como se deduce del propio precepto de nuestra Norma Fundamental que reconoce el Derecho a la Tutela Jurisdiccional a "Todas las personas...", sin hacer ningún tipo de distinción entre españoles y extranjeros. Principio corroborado por el Tribunal Constitucional en Sentencia de 30 de septiembre de 1985⁴⁹, que declara que, si bien es

⁴⁷ Art. 131 del Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁴⁸ El art. 125.3 del Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que los principios de la potestad sancionadora no serán de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de la potestad disciplinaria respecto del personal "a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual".

⁴⁹ STC 99/1985, de 30 de septiembre. Magistrado Ponente: Sr. TOMAS y VALIENTE. Jurisprudencia Constitucional 1985, T. XIII, pp. 1-11.

verdad que el artículo 13.1 de la Constitución permite que los Derechos y Libertades reconocidos en su Título I, puedan atemperarse en su contenido para los extranjeros por lo que determinen los Tratados y la ley interna española, "ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues «existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos» (STC 107/1984, de 23 de noviembre, Fto Jco cuarto); así sucede con aquellos derechos fundamentales «que pertenecen a la persona en cuanto a tal y no como ciudadano» o, dicho de otro modo, con «aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución constituyen fundamento del orden político español»(Fto Jco. tercero)"⁵⁰.

En base al reconocimieto de esta virtualidad a los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas el Tribunal Constitucional declara: "Pues bien, uno de estos Derechos es el que «todas las personas tienen... a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales» según dice el artículo 24 .1 de nuestra Constitución, ello es así no sólo por la dicción literal del citado artículo («todas las personas»), sino porque a la misma conclusión se llega interpretandolo, según exige el artículo 10.2 de la Constitución de conformidad con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y con el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de noviembre de

⁵⁰ Doctrina de la que el propio Tribunal Constitucional se aparta, como ya señalamos con anterioridad, en STC 115/1987 cit., cuando considera constitucional la medida de internamiento de extranjeros, incursos en un procedimiento gubernativo de expulsión, que parece aceptar que todos los Derechos de los extranjeros, serán Derechos de configuración legal susceptibles, por lo tanto, de modulación legal, modulación que tendrá como límites el "estandar mínimo" reconocido a los extranjeros por los Tratados Internacionales sobre Derechos Fundamentales suscritos por España.

1966, textos en todos los cuales el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocida a «toda persona» o a «todas las personas», sin atención a la nacionalidad⁵¹.

Conforme puede apreciarse en el Fundamento jurídico transcrito el Tribunal Constitucional es muy preciso al reconocer a los extranjeros plena equiparación a los nacionales para acceder a todos los beneficios derivados del Derecho genéricamente denominado a la Defensa, desglosado en el Derecho a la efectiva tutela de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses, Derecho al Juez ordinario preestablecido por la Ley, Derecho a la defensa y a la asistencia de un letrado, a ser informado de la acusación formulada contra él, a un proceso público sin dilaciones y con todas las garantías, a utilizar todos los medios de prueba pertinentes, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia.

Junto a estos derechos englobados en el Derecho a la Defensa, existe otro muy importante para los extranjeros, incluido también en el Derecho a la Defensa según la Sentencia de Tribunal Constitucional 74/1987, de 25 de mayo⁵², que es el Derecho a ser asistido por un intérprete, no sólo durante la tramitación de un procedimiento administrativo o un proceso judicial, sino también durante la preparación de los mismo, ya que frecuentemente los extranjeros encausados en un proceso judicial o en un procedimiento administrativo, no comprenden ni hablan perfectamente el español, con lo cual sus posibilidades de defensa resultan mermadas, al no comprender lo que se alega en contra suyo, ni poder alegar razones en su defensa⁵³.

⁵¹ Fto. Jco. 2 de la STC 99/1985, de 30 de septiembre, cit.

⁵² STC 74/1987, de 25 de mayo de 1987. Magistrado Ponente: Sr. LATORRE SEGURA. Jurisprudencia Constitucional 1987, T. XVIII, pp. 197-208, en la que se reconoce el Derecho para los españoles que no conocen bien el castellano.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 19 de abril de 1988⁵⁴, ha estimado que efectivamente nuestro derecho interno carece de la adecuada perfección técnica en este aspecto, ya que, si efectivamente la ley de Enjuiciamiento Criminal, reconoce el Derecho a ser asistido por un interprete durante la celebración del proceso, no existe norma alguna que se refiera a la asistencia de intérprete para la comunicación del detenido con su abogado, ni tampoco para la preparación del proceso. Carencia que hace estimar que estas normas incompletas, han de ser interpretadas a la luz, no sólo de la Constitución, sino también de las normas internacionales, que, en virtud del artículo 10.2 y 96 de nuestra Constitución, forman parte de nuestro derecho interno.

Estas normas internacionales como son el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (art. 6.3 c) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.3 f) establecen el Derecho que toda persona tienen a ser asistido gratuitamente de un interprete si no comprende o habla la lengua empleada en la audiencia o Tribunal. El Tribunal Constitucional señala que la Comisión Europea ha indicado que la finalidad de este Derecho es evitar la situación de desventaja en que se encuentra el acusado que no comprende la lengua, ya que es el complemento de la garantía de un proceso justo y una audiencia pública, así como de una buena administración de justicia,

⁵³ Esta cuestión fue planteada mediante Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional, por los Srs. Benaisa Abun Benyoncef y Mohamed Kroun que solicitaban se les reconociera el Derecho a un interprete, no solo durante la celebración del proceso, sino también para la comunicación con su abogado de oficio destinada a la preparación de la causa penal que se seguía contra ellos. Recurso de amparo 721/1987, presentado ante el Tribunal Constitucional el 29 de mayo de 1987.

⁵⁴ STC 71/1988, de 19 de abril. Magistrado Ponente: Sr. C. VEGA BENAYAS. Jurisprudencia Constitucional 1988, T. XX, pp. 854-862..

doctrina mantenida también en Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 1978.

El Tribunal estimó que estas normas y doctrina exigen ser conectadas con las demás reglas contenidas en estos preceptos, pues el fin que se persigue es conseguir un proceso justo. Así, el Derecho a ser informado de la acusación en una lengua que se comprenda [arts. 6.3 a) del Convenio y 14.3 a) del Pacto] y el Derecho a ser asistido por un defensor elegido o de turno [arts. 6.3 c) del Convenio y 14.3 d) del Pacto], por todo ello declara: "el Derecho a intérprete en las causas o procesos penales ha de ser considerado desde una perspectiva global o totalizadora y en atención al fin para el que está previsto, es decir, el de una defensa adecuada para la obtención de un proceso o juicio justo. En este sentido hay que valorar y enfocar las circunstancias concretas, independientemente de su calificación técnica procesal o de su inserción en un trámite de este orden, mirando sólo a la finalidad de defensa y a la protección que nuestra norma fundamental otorga al Derecho en cuestión, que como se dijo en la STC 74/1987 citada, debe entenderse comprendida en el artículo 24.1, en cuanto dispone que en ningún caso puede producirse indefensión"⁵⁵.

Con ello, el Tribunal deduce que independientemente de lo que las normas procesales puedan decir, es preciso basarse en una visión global de los preceptos y situaciones dirigido siempre a un fin, el de procurar una defensa adecuada para llegar a un juicio justo. Por lo que estima: "Ligado a este Derecho, pues, con el de asistencia letrada (art. 24.2) es obvio que esta asistencia ha de extenderse la necesidad de efectividad y eficacia, so pena de considerarlo un Derecho vacío meramente formal, pues nada es más lógico y natural pensar que una adecuada defensa y asistencia letrada exige el previo requisito de una comunicación interpersonal inteligible e incluso fluida en un asunto tan crucial como la

⁵⁵ Fto. Jco. 4 de la STC 71/1988. cit.

transmisión al Abogado no sólo de hechos, sino de vivencias y apreciaciones, por parte del acusado, y ante la perspectiva de su juicio oral, a parte de su colaboración para la propuesta de pruebas. Y esto es evidente que se puede incluir con naturalidad, sin más esfuerzo integrador, en el haz de Derechos que antes se ha indicado, concretamente en el disponer de las facilidades necesarias para la preparación de la defensa del acusado [art. 6.3 b) del Convenio], facilidades que tienen una significación de carga para el Estado, en cuanto deber anejo y complementario al proveer al interesado, en su caso, de un Abogado de oficio como dijo la Sentencia antes citada del TEDH⁵⁶.

Por todo ello considera que el Derecho que se estima vulnerado, objeto del Recurso de Amparo, si bien no está directamente reconocido en la ley "si puede entenderse comprendido en la misma, interpretada conforme a la Constitución y a los Convenios Internacionales, siempre a favor de la eficacia de los Derechos Fundamentales de defensa y asistencia letrada. Y ello ha de llevar por consiguiente, al otorgamiento de amparo y a reconocer el derecho de los recurrentes a ser asistidos de intérprete en sus comunicaciones con el Abogado de oficio para formalizar el trámite procesal de calificación provisional de la causa a la que están sometidos"⁵⁷.

Fundamentos jurídicos que justifican el otorgamiento del Amparo a los recurrentes, y el reconocimiento del Derecho de los mismos a ser asistidos por intérprete en las comunicaciones con su abogado y en la preparación del juicio.

El Tribunal, asimismo, señala el error en que había incurrido el Auto de la Audiencia impugnado al negar estos Derechos, pues considera que la

⁵⁶ Fto.Jco. 4, STC 71/1988, cit.

⁵⁷ Fto.Jco.5 de la STC 71/1988, cit.

comunicación entre abogado y su cliente no son totalmente privadas, sino que la función del abogado es semipública, de colaboración, no sólo con el cliente sino con el proceso, para llegar a un fin justo y adecuado, señalando además, que el Tribunal asume en cierta manera la responsabilidad de que la garantía de la defensa se cumpla en plenitud "y por ello no puede desligarse de las vicisitudes posteriores que afecten a ese derecho, como ocurrió en el presente caso, cuando pudo, de acuerdo con las normas disponibles, resolver la situación jurídico procesal planteada y dispensar la tutela judicial requerida".

Conforme a la doctrina expuesta el Tribunal Constitucional reconoce explícitamente, el Derecho de los extranjeros a obtener la tutela efectiva de los Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, en igualdad de condiciones con los nacionales.

Derecho fundamental a la tutela judicial que obliga a entender, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, que sí cabe recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado que deniegan la nacionalidad española, a pesar de que el Reglamento del Registro Civil de 1958, no lo reconozca⁵⁸, y que también obliga a entender que las decisiones de expulsión están plenamente sometidas al control judicial, incluso cuando la expulsión se fundamente en alguna de los intereses protegidos en el artículo 26.1 de la Ley de Extranjería: orden público, seguridad interior o

⁵⁸ STS 7 de junio de 1986, cit. comentario por J.C. FERNANDEZ RÓZAS y S. ALVAREZ GONZALEZ: "La nacionalidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa", en la «LA LEY» cit.; M.C. APRELL LASAGABASTER: "El control judicial de la discrecionalidad administrativa en materia de nacionalidad", en «REDA», cit. y M. FERNANDO PABLO: "Sobre la cláusula de orden público en materia de nacionalidad", en «RAP», cit. Como ya señalamos la reforma al Derecho de nacionalidad introducida por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sustituye la vía civil por la contencioso-administrativa, como jurisdicción en la que deben sustanciarse los conflictos sobre concesión o denegación de nacionalidad por residencia.

exterior del Estado, intereses españoles o las relaciones de España con otros países.

El Tribunal Supremo niega en Sentencia de 21 de abril de 1987⁵⁹, que la expulsión decretada mediante resolución que no contenía más que la reproducción literal de la causa de expulsión, sin que aparecieran en el expediente elementos de hecho en que apoyar tales afirmaciones y tampoco se aportaran pruebas en el proceso judicial, pudiera considerarse, como alegaba el Abogado del Estado para la inadmisibilidad del recurso, un acto político que afectaba a las relaciones internacionales y a la Seguridad del Estado (art. 2.b) de la LJCA). El Tribunal niega tal calificación y aprecia que el acto había sido dictado por un Director General, en vez del Gobierno y que no pueden revestir el carácter de políticos los actos administrativos que consisten en la expulsión aislada de un extranjero, ni los actos fundados en hechos totalmente ignorados. Subrayando además, que la Ley de Extranjería, cuyo Preámbulo afirma que se reconoce la máxima cota de derechos y libertades a los extranjeros, introduce la necesidad de la intervención judicial en la revisión de aquellas resoluciones que conllevan la salida o expulsión de los extranjeros o que implican la privación de su libertad, por ello considera que "estas solemnes declaraciones quedarían vacías si se impediera la actuación de los Tribunales, al no ser admisibles los recursos o se les privara del conocimiento total de las causas y hechos en que se basan las resoluciones administrativas". Afirmación importante, pues el Tribunal Supremo entiende que el Derecho constitucional se satisface no sólo porque la Ley otorga competencia para conocer de los litigios sobre expulsiones; es preciso que la Ley permita el conocimiento total de tales litigios⁶⁰.

⁵⁹ STC 21 de abril de 1987, cit.

⁶⁰ Cfr. I.BORRAJO INIESTA: "El status constitucional de los extranjeros", en Estudios

2.- Medios de defensa en contra de las resoluciones administrativas adoptadas en aplicación de la Ley de Extranjería. La problemática de la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas en aplicación de la Ley de Extranjería.

Conforme señala la ley de Extranjería en su artículo 34, "Las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes", es decir, que, en principio, las resoluciones administrativas adoptadas conforme a la Ley serán recurribles tanto en vía administrativa, conforme a la ley de Procedimiento Administrativo, como en el ámbito judicial, ante los Tribunales Contencioso- Administrativos. La Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1119/1986, al establecer que "las Resoluciones que dicten los órganos competentes de los Ministerios de Asuntos Exteriores, del Interior y de Trabajo y Seguridad Social con base en lo dispuesto en el Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto, sobre concesión o denegación de visados, prórrogas de estancia o permisos de residencia y trabajo, así como sanciones gubernativas y expulsiones de extranjeros, podrán fin a la vía administrativa", particulariza los recursos administrativos utilizables por los extranjeros que pretendan recurrir las referidas resoluciones administrativas, en el recurso administrativo de reposición ante el órgano que resuelva, como paso previo a la formalización de recurso jurisdiccional contencioso administrativo⁶¹.

sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, II, De los Derechos y Deberes Fundamentales, cit., p.754.

⁶¹ Artículo 126 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, en relación con los artículos 52 y 53 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo de 27 de diciembre de 1956. El Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común sustituye el recurso de reposición por el

Esta exigencia coexiste con el carácter facultativo del recurso de reposición en el caso de utilizar la vía jurisdiccional propiciada por la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, que, en su artículo 7.1, establece la no necesidad previa de presentación de recursos en vía administrativa para recurrir ante los Tribunales por la vía del procedimiento sumario establecido por esta Ley, que demanda incardinar los motivos que justifican el recurso en infracción expresa de Derechos Fundamentales y que, en este supuesto, simplifica las fases a seguir por parte del extranjero que desee recurrir una resolución administrativa adoptada en aplicación de la Ley de Extranjería.

La exigencia de recurso administrativo previo o su conceptualización como facultativo en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales conecta con la efectividad de la garantía de los recursos administrativos, ya que si bien muchas veces se considera la obligatoriedad de interposición de recursos administrativos, en vía previa a la jurisdiccional, como una garantía para los particulares, conforme a la más acreditada doctrina, exige precisar que los recursos administrativos, tal y como hoy esta conformado en el Derecho Español se han convertido en un injustificado privilegio para las Administraciones públicas, y por lo que cabe calificar como recurso de alzada, acogiendo la terminología de la vigente Ley, que el Proyecto de Ley en tramitación soslaya, al disponer en el art. 112.1: "Las resoluciones y actos a que se refiere el artículo 105.1 podrán ser recurridas ante el órgano superior jerárquico del que los dictó", cambio legislativo justificado en que los criterios de eficacia y eficiencia en la actuación administrativa, que son el eje central de las preocupaciones de la Ley, obligan a estimar que la actuación de cada órgano administrativo no requiere ser objeto de reconsideración y que la única vía de verificación de la adecuación del acto al Ordenamiento es la intervención del superior jerárquico. Esta nueva configuración de los recursos obligará a la adecuada integración de este dato en las delegaciones de competencias, en función de los recursos jerárquicos que se estimen que puedan generar o no recurso ante el Gobierno o que se estime deban concluir la vía administrativa en el correspondiente Departamento ministerial.

tanto, en una carga para el administrado recurrente⁶².

El Derecho de los extranjeros al acceso a los Tribunales para obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos, reconocido por el artículo 24 de la Constitución y ratificado por el Tribunal Constitucional⁶³, permite a los extranjeros acudir ante los Tribunales para recurrir las resoluciones administrativas tomadas conforme a la Ley de extranjería. Interposición de recursos que puede realizarse, conforme hemos apreciado, a través de la vía ordinaria contencioso-administrativa regulado por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, o bien, a través del procedimiento sumario de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona regulado e la Ley 62/ 1978, de 26 de diciembre, cuando el extranjero considere que ha sido vulnerado alguno de los Derechos y Libertades amparados en el artículo 53.2 de la Constitución, teniendo en cuenta que si accede a los Tribunales por esta vía, queda cerrado el acceso por la vía ordinaria contencioso-administrativa, vías alternativas que tienen como referencia el posible Recurso en Amparo ante el Tribunal Constitucional⁶⁴ en los supuestos de vulneración administrativa o judicial de los Derechos y Libertades Fundamentales.

Los recurso administrativos o judiciales podrán interponerse con arreglo a las normas comunes o también podrán cursarse ante las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes a

⁶² Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ en Curso de Derecho Administrativo. T.II, cit, p.483,

⁶³ En STC 99/1985, de 30 de septiembre, cit.

⁶⁴ Vid. A.L. CALVO CARAVACA y F. CASTILLO RIGABERT: "El extranjero ante el recurso constitucional de amparo" en LA LEY, 1982-2, pp.824-831.

su vez lo remitirán al organismo competente, admitiéndose la posibilidad de recurrir a través del consul del propio país, quien se convertirá en el representante del recurrente⁶⁵, debiendo ajustarse los recursos jurisdiccionales a los requisitos procesales expresados para la interposición de recursos contencioso administrativos, que implican la necesidad de asistencia letrada⁶⁶

La entrada en vigor de la Ley de Extranjería planteó el importante problema derivado del hecho de que su artículo 34, inciso final, establece: "En ningún caso podrá acordarse la suspensión de resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente ley", con lo cual se impedía a los Tribunales el ejercicio de la facultad de suspensión de las resoluciones administrativas que afectaban a los extranjeros, facultad reconocida con carácter general, "excepto cuando puede causar grave perjuicio al interés general", en el artículo 7.4 de la Ley 62/1978 de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona⁶⁷ y, con carácter excepcional, en el artículo 56.1 de la Ley

⁶⁵ Art. 35 de la ley Orgánica 7/1985.

⁶⁶ Art. 57 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 27 de diciembre de 1956.

⁶⁷ Ley que, como señala LINDE PANIAGUA en "La instauración del principio de igualdad entre Administración Pública y particulares en el proceso contencioso-administrativo" en «REDA» nº23 (1979), p.561, marca, a estos efectos, un hito histórico en nuestra justicia administrativa, pues como estima J. RODRIGUEZ ARANA: "plasma toda una serie de aspiraciones que la doctrina había demandado últimamente en orden a alcanzar los auténticos postulados de la Justicia administrativa. Por eso se puede decir que en el ámbito de los derechos fundamentales se ha producido un cambio fundamental en la formulación de algunos dogmas del Derecho Administrativo, tales como el principio de ejecutividad de los actos administrativos, el principio de la no suspensión del acto en vía de recurso, la obligatoriedad de interponer los recursos administrativos como paso previo para acudir a la jurisdicción contenciosa" Vid. su obra: La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso), Madrid 1986, p.157.

Orgánica del Tribunal Constitucional y en el artículo 122.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuando la ejecución del acto "hubiese de ocasionar daño o perjuicios de reparación imposible o difícil".

La total imposibilidad de suspensión de las resoluciones administrativas objeto de recurso, expresada por en el artículo 34 de la Ley de Extranjería, que supone en determinados supuestos la efectiva salida de España, fue objeto del referido Recurso de Inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional⁶⁸.

El Defensor del Pueblo alegó que la inconstitucionalidad del inciso final del artículo 34 de la Ley de Extranjería, derivaba de la vulneración del artículo 53 de la Constitución, que reconoce los Derechos y Libertades susceptibles de amparo, ya que, tanto el artículo 56.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, como el artículo 7.4 de la ley 62/1978, de 26 de diciembre de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, prevén la suspensión del cumplimiento del acto impugnado y, "como los extranjeros están legitimados para interponer tanto el Recurso de Amparo constitucional, como el Recurso Contencioso-Administrativo regulado en la Ley 62/1978; la Ley de Extranjería, les impide solicitar y en su caso obtener del Tribunal Constitucional o del Contencioso -Administrativo, la suspensión del cumplimiento del acto impugnado"⁶⁹. La cuestión estriba conforme a la argumentación del Defensor

⁶⁸ Recurso de Inconstitucionalidad nº880/1985, resuelto por STC 115/1987, cit.

⁶⁹ Pues como señalaba el Defensor del Pueblo en su Recurso, al tratarse el artículo 34 inciso final de la Ley de Extranjería de una Ley Orgánica posterior, derogaría parcialmente el artículo 56 de la ley del Tribunal Constitucional respecto de los posibles Recursos de Amparo contra las resoluciones administrativas o judiciales dictadas aplicando la Ley de Extranjería, así como el artículo 7.4 de la ley 62/1978, que impone a la Sala que conozca del Recurso Contencioso-Administrativo suspender el cumplimiento del acto impugnado, salvo que tal suspensión suponga un perjuicio grave para el Interés General.

del Pueblo, en determinar si la privación de la posible suspensión del acto impugnado vulnera el artículo 53.2 de la Constitución, y "si además en cada supuesto concreto vulnera cada uno de los preceptos constitucionales susceptibles de amparo por cuya presunta infracción se hubiera interpuesto el recurso". Citando como apoyo a su postura la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 1982, en materia de objeción de conciencia, según la cual "la falta de suspensión produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro Ordenamiento Jurídico". Por todo ello, precisa que el artículo 34, inciso final, de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, al impedir la suspensión de los actos impugnados "puede producir la negación radical del Derecho Fundamental de que se trate y, consiguientemente privarle de la máxima garantía constitucional que el artículo 53.2 de la Norma Constitucional le otorga, es decir, la garantía de un amparo efectivo".

El Tribunal Constitucional, en la considerada Sentencia 115/1987, de 7 de julio⁷⁰, declara la inconstitucionalidad del precepto recurrido, aunque, considera que dicha inconstitucionalidad deriva no de la vulneración del artículo 53 de la Constitución, sino de la vulneración del Derecho a la igualdad del artículo 14 del Texto Constitucional, que reconoce la igualdad de trato entre extranjeros y nacionales respecto de ciertos derechos y garantías, entre los que se encuentra el Derecho a la tutela judicial efectiva.

Señala el Tribunal que existe unanimidad respecto a que la única interpretación del precepto es que "*impide siempre*"⁷¹, tanto en el procedimiento administrativo como judicial y, en su caso, en el proceso

⁷⁰ Fto jco. 4 de la STC 115/1987, de 7 de julio de 1987, cit.

⁷¹ El subrayado es nuestro.

constitucional, la suspensión del acto administrativo impugnado", ya que, según el tenor literal del precepto, y al estar contenido en una Ley Orgánica, deroga parcialmente, tanto el artículo 56 de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional, respecto a los posibles recursos de amparo contra las resoluciones administrativas o judiciales tomadas en aplicación de la Ley Orgánica 7/1985, como también respecto del artículo 7.4 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, que impone a la Sala la suspensión de los recurso impugnados, a no ser que cause graves perjuicios al Interés General. Unanimidad, para admitir también, el Derecho de los extranjeros a la tutela efectiva de lo Jueces y Tribunales, reconocida por el propio Tribunal Constitucional en Sentencia de 30 de septiembre de 1985, al establecer "que este es uno de los Derechos que ha de ser gozados igual por nacionales como por extranjeros".

El Tribunal al examinar la constitucionalidad del precepto, precisa que hay que tener en cuenta "que el artículo 34 de la ley Orgánica 7/1985 aparece incluido en su Título VII dedicado a garantías y régimen jurídico de los derechos e instituciones regulados en sus Títulos precedentes", Títulos que con un contenido heterodoxo versan sobre el ejercicio de Derechos o restricciones al ejercicio de otros. En base a este contenido, es defendible el principio de la no suspensión e inmediata ejecutoriedad de las resoluciones que versen sobre extranjeros, ya que de esta forma se salvaguardan otros bienes y derechos⁷², pero sin embargo, esta postura, "es una excepción a la regla del funcionamiento normal del Derecho, que debe ser interpretada restrictivamente, debe producir la mínima pertur-

⁷² El Letrado del Estado, mantuvo el argumento de que la regla general que prima, en el artículo 53 de la Constitución, es la de la no suspensión de las resoluciones impugnadas, siendo la suspensión una excepción a esta regla general que "el constituyente cuando quiso hacerlo la estableció de forma expresa", señalando también que el artículo 24 de la Constitución "no consagra explícitamente la garantía de la suspensión del acto impugnado como parte integrante de ese derecho fundamental, ni tampoco deriva de los instrumentos internacionales tal suspensión, como contenido necesario del derecho de tutela judicial"

bación posible en el derecho afectado, y sólo ha de producirse en los casos y por las circunstancias que la ley prevé".

Por ello, el Tribunal Constitucional considera que no puede defenderse la absoluta necesidad de suspensión de los actos impugnados para salvaguarda de los Derechos Fundamentales, dado que el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el artículo 7.4 de la ley 62/1978 dejan a cada Tribunal la facultad de decidir, dependiendo de las circunstancias, la suspensión o no del acto impugnado. No siendo, por lo tanto, ni necesaria ni obligatoria tal suspensión, como ya el propio Tribunal ha señalado, sino que ha de considerarse como "excepcional la posibilidad de suspender su vigencia o ejecutoriedad" (Sentencia 66/1985), en relación con los actos o normas que emanan de poderes legítimos, "que disfrutan de presunción de legitimidad, aunque puedan ser cuestionados". Pues si la presentación de un recurso supusiera la automática suspensión del acto o norma recurrido significaría no sólo, que se estuviera dudando sobre la legitimidad de los poderes establecidos, sino también la práctica paralización de las actividades del país.

Sin embargo, aunque la efectiva tutela judicial, recogida en el artículo 24 de la Constitución, no imponga siempre la suspensión del acto recurrido, no quiere decir "que cuando la legislación ha establecido esa posibilidad para la protección de los Derechos Fundamentales, esta decisión legislativa no incide también sobre la configuración de la tutela judicial efectiva, como ocurre en el presente caso, de manera que la supresión de esta posibilidad de suspensión para ciertos casos o grupos de personas no afecte a este derecho a la tutela judicial efectiva, al margen de que también puede afectar al derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución".

El Tribunal recuerda su propia doctrina sobre "la igualdad de trato entre extranjeros y españoles, y la homogeneidad de tratamiento de unos y otros que la Constitución reconoce respecto de ciertos derechos y

garantías, entre los que se incluye según ha dicho STC 99/1985, de 30 de septiembre, el derecho a la tutela efectiva y por ello las garantías judiciales vinculadas al ejercicio de los Derechos fundamentales". Dado, además, que el propio Tribunal reconoce en esta misma Sentencia restricciones al disfrute de algunos Derechos Fundamentales, en base a que "existe un sistema de garantías suficientes que reduzcan al mínimo el riesgo de que se produzca un uso arbitrario o injustificado de las facultades administrativas de intervención", lo que no quiere decir que nunca se produzcan, el Tribunal considera que el inciso final del artículo 34, al impedir que nunca se puedan suspender las resoluciones que afecten a extranjeros, impide que se controle el uso arbitrario de las facultades administrativas, por lo que "para prevenir este riesgo no es posible eliminar para todos los casos la facultad judicial de declarar la suspensión del acto si el juzgador comprueba que tal medida no se adecua a la necesidad de salvaguardar los intereses generales", considerando el Tribunal Constitucional que las razones alegadas por el Letrado del Estado para mantener la no suspensión de las resoluciones que afecten a extranjeros (la salvaguarda de valores fundamentales: Seguridad nacional, Orden Público...) "pueden garantizarse de forma adecuada mediante el uso por el Tribunal competente de las facultades de valoración de los intereses en juego, que reconocen tanto el art. 56 de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional como el art. 7.4 de la Ley 6261978, de 26 de diciembre". Con base en los Fundamentos Jurídicos expuestos, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el que no puede ser calificado más que como osado inciso final del artículo 34 de la Ley de Extranjería.

Al declarar la inconstitucionalidad del precepto, el Tribunal Constitucional reconduce al Tribunal la estimación de la conveniencia de suspender o no la ejecución de la resolución impugnada, dependiendo de los intereses y circunstancias que concurran en cada caso concreto, ya

que, siguiendo la doctrina del Tribunal "suprimir esta garantía por Ley Orgánica, en todos los supuestos de extranjería era algo que, obviamente, contradecía el mandato de completa igualdad declarado por el Tribunal Constitucional"⁷³. Efectivamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1985, declaraba la completa igualdad entre extranjeros y nacionales respecto de los Derechos derivados del artículo 24 de la Constitución Española, sin embargo, el Tribunal Constitucional, en esta nueva Sentencia, a pesar de su declaración, no basa exclusivamente la inconstitucionalidad de la medida en que el precepto contenido en el artículo 34, inciso final, de la Ley de Extranjería, quiebre este principio de igualdad, sino en el razonamiento en el que, después de reconocer haber admitido algunas restricciones a otros Derechos Fundamentales, como es la medida de internamiento administrativo, aduce que no es posible eliminar totalmente la facultad de suspensión de las resoluciones administrativas tomadas conforme a la Ley de Extranjería en la medida en que es una garantía para evitar el riesgo de un posible "uso arbitrario o injustificado de las facultades administrativas de intervención".

Criterio, que si bien parece colocar en un escalón inferior a los extranjeros respecto de los españoles en lo que se refiere a las medidas cautelares, es capital para la adecuada configuración jurídica de la actividad administrativa en el ámbito de la extranjería y, en especial, en materia de expulsión, pues permite a los extranjeros, que recurren la orden de expulsión decretada por la autoridad gubernativa, solicitar la suspensión de la ejecución de la expulsión, con lo que, si dicha suspensión es concedida por el Tribunal, podrán permanecer en territorio español, mientras se revisa por los Tribunales la resolución de expulsión.

⁷³ J. RODRIGUEZ-ZAPATA: "Internamiento de extranjeros expulsados de España. Derechos de Reunión y Asociación de los extranjeros. Suspensión cautelar de la resoluciones administrativas impugnadas en materia de extranjería", cit., p.620.

Posibilidad que, sin embargo, pueden ver neutralizada los extranjeros, que son expulsado de España al incurrir en los supuestos de expulsión a), c) o f) del artículo 26.¹⁷⁴, que exigen conforme a la Ley de Extranjería su tramitación por el procedimiento sumario, que, como ya señalamos, impone la ejecución "de forma inmediata" de la orden de expulsión. Brevedad en la tramitación del procedimiento e inmediatez de la ejecución, que o bien impiden la solicitud de suspensión de la ejecución de expulsión, cuando sea presentado el correspondiente recurso ante los Tribunales por la representación procesal del interesado, o bien impiden al Tribunal conceder la suspensión una vez ejecutada la orden de expulsión, pues como declara el Auto del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1989⁷⁵, "no obstante la naturaleza que se atribuye a la medida gubernativa, al expresar que es de tracto sucesivo, es lo cierto que aquella fue ejecutada, por lo que en el momento actual no se trataría ya de una suspensión, sino más bien de una revocación de la ejecución producida"

La neutralización parcial de la medida cautelar de suspensión se puede observar también en la más reciente Doctrina del Tribunal Supremo, en la que parece subyacer la declaración del Tribunal Constitucional, que deniega la suspensión de la ejecución de la resolución de expulsión recurrida, por la vía de la Ley 62/1978, en contra de la regla general prevista en el artículo 7.4 de la misma y del criterio seguido con anterioridad por el propio Tribunal⁷⁶, alegando para ello, como señala el

⁷⁴ Supuesto a) "encontrarse ilegalmente en España, por no haber obtenido la prórroga de estancia o el permiso de residencia, cuando fueran exigibles"; c) "Estar implicado en actividades contrarias al orden público o la seguridad interior o exterior del Estado o realizar actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países" y f) "Carecer de medios de vida lícitos, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales"

⁷⁵ ATS de 26 de diciembre de 1989, Ponente: Sr. MATEOS GARCIA (RAJ, 10053). En el mismo sentido ATS de 30 de marzo de 1989, Ponente: Sr. GORDILLO GARCIA (RAJ, 2431).

Auto de 6 de junio de 1991⁷⁷, que "si bien en alguna ocasión hemos afirmado que la alusión genérica a la perturbación que para la regularidad del mercado de trabajo y los derechos de los trabajadores españoles y de los extranjeros legamente establecidos supondría que se suspendiera la ejecución de actos administrativos similares al que constituye el objeto de este proceso (expulsión) era insuficiente para justificar la posibilidad del perjuicio grave al interés general al que se refiere el art. 7.4 de la Ley 62/78, sin embargo nuestro criterio más reciente es el de entender que, dada la cantidad de casos en los que la expulsión podría ser demorada mediante la suspensión acordada jurisdiccionalmente, existe un peligro real de que si se accede a ella como norma general se produzca una auténtica alteración de aquella regularidad".

Doctrina que sin poderar las consecuencias, reconstituye el concepto de Orden Público desde una motivación tan carente de base como es la insuficiencia de las estructuras organizativas administrativas y judiciales para resolver las situaciones creadas por la gestión de un Derecho que la doctrina constitucional reconoce como Derecho de la Persona y que, en cuanto es presupuesto de la efectividad del enjuiciamiento jurisdiccional no admite limitaciones en función de la configuración legal de los Derechos de los extranjeros. Esta discutible doctrina obliga a recordar la "ratio" cuantitativa y mecanicista que fue

⁷⁶ En ATS de 10 de octubre de 1988, Ponente: Sr. ROSAS HIDALGO (RAJ, 7611), 27 de octubre de 1989, Ponente: Sr. GONZALEZ MALLO (RAJ, 9290); 16 de octubre de 1990, Ponente: Sr. CANCER LALANNE (RAJ, 7732).

⁷⁷ ATS de 6 de junio de 1991, Ponente: Sr. TRILLO TORRES (RAJ, 4940). En el mismo sentido ATS de 14 de marzo de 1991, Ponente: Sr. GONZALEZ MALLO (RAJ, 2282); 8 de mayo de 1991, Ponente: Sr. CANCER LALANNE (RAJ, 4027) y 22 de mayo de 1991, Ponente: Sr. CANCER LALANNE (RAJ, 4158) y 24 de octubre de 1991, Ponente: Sr. CANCER LALANNE (RAJ, 7788).

objeto de contundente rechazo por el Magistrado y Profesor GONZALEZ NAVARRO, en el Auto⁷⁸ que tan esperanzadamente incorporó a la doctrina de nuestros Tribunales el Derecho a la suspensión cautelar, y que exige motivar las resoluciones judiciales desde las específicas situaciones subjetivas, sin conceder el menor nivel de operatividad a desviados criterios de racionalización o de normalización, que sitúan el ejercicio de la función jurisdiccional en el ámbito de inconsistentes e inasimilables cláusulas de estilo. En contradictoria posición con esta ejemplar doctrina, el Auto transcrito y los autos que con tal doctrina se identifican, supeditan la función jurisdiccional, de nuevo, a las exigencias organizativas del orden gubernativo o, de modo más preciso, condicionado a la aplicación de las técnicas policiales.

Los efectos de la doctrina transcrita excluyen a los extranjeros del Derecho a la tutela cautelar, como contenido esencial del Derecho a la tutela judicial efectiva, que permite garantizar provisionalmente la integridad del bien jurídico para el que se ha solicitado justicia, mientras la justicia llegue a pronunciar la sentencia⁷⁹. Este "derecho a la tutela cautelar", basado en los principios de "fumus bonus iuris" y "periculum in mora", frente a los que no cabe la excepción del interés público⁸⁰, ha

⁷⁸ ATS de 20 de diciembre de 1990, Ponente: SR. GONZALEZ NAVARRO (RAJ, 10.412).

⁷⁹ Cfr. en C. CHINCHILLA MARIN: La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, Madrid 1991, p. 168.

⁸⁰ E. GARCIA DE ENTERRIA: "Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español. La suspensión cautelar por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de la Ley Inglesa de 1988 aparentemente contraria al Derecho Comunitario. Enseñanzas para nuestro sistema de medidas cautelares, sobre la primacía del Derecho Comunitario y respecto a la indemnizabilidad de los daños causados por infracción de éste", en «REDA», nº 64 (1989), p.601, y también en su libro: La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español, Madrid 1992, p. 76. R. GOMEZ FERRER, refiriéndose al Derecho a la tutela judicial, considera que el principio de igualdad que

sido reconocido por las jurisdicciones constitucionales europeas⁸¹, con excepción de la española⁸², y también por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁸³, y que ha registrado en España un cambio sustancial en virtud del Auto de 20 de diciembre de 1990⁸⁴, que declara por primera vez un "derecho a la tutela prohíbe toda discriminación, en el sentido de que la desigualdad legal sea injustificada por no razonable, es también aplicable a los poderes públicos, en el sentido de que la situación de desigualdad jurídica que, justamente, les caracteriza, ha de estar justificada para ser razonable. Vid. su obra "Derecho a la tutela judicial y posición peculiar de los poderes públicos", en «REDA», nº 33 (1982), p.185-186.

⁸¹ En Francia: Conseil Constitutionnel, en decisión nº 86-224 DC de 23 de enero de 1987; en Italia: Corte Constitucional Italiana, en Sentencia de 27 de diciembre de 1974, nº 284.

⁸² Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA: "La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: La recepción del principio «fumus bonus iuris» (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su transcendencia general", en «REDA», nº 69 (1991), pp. 66, recogido también en su libro: La batalla por las medidas cautelares, cit. p. 159.

⁸³ Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA: "El problema de los poderes del juez nacional para suspender la ejecución de las leyes nacionales en consideración al Derecho Comunitario Europeo. La Sentencia inglesa «Regina v. Secretary of State for Transport, ex parte Factorfame Limited and Others», 1989, y la negación general de medidas cautelares contra la Corona", en «REDA», nº 63 (1989), pp.411 y ss.; "Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español", cit., pp. 593 y ss., "La sentencia Factorfame (19 de junio 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Comunitario aún en contra de su propio Derecho nacional. Transcendencia general de la sentencia en el Derecho Comunitario y en el sistema español de medidas cautelares" en «REDA», nº 67, (1990) pp. 401 y ss., todos ellos en su libro: La batalla por las medidas cautelares, cit pp.25-61, 61-83 y 95-129. Vid. también, A JIMENEZ BLANCO: "De nuevo sobre el Asunto Factorfame. Breve crónica del Congreso de Londres", en «REDA», nº 66 (1990).

cautelar", incluido en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, garantizada en el artículo 24 de la Constitución, y que ha sido confirmado y ratificado por el Auto de 17 de enero de 1991⁸⁵, objeto de esperanzada acogida doctrinal⁸⁶.

Declaración del "Derecho a la tutela cautelar", que ante el giro producido en Doctrina del Tribunal Supremo, parece no ser predicable en materia de extranjería, en donde priman claramente las razones de orden y seguridad fortalecidos por compromisos de aplicación de Acuerdos Internacionales, en conflicto aparente con los Derechos de la Persona, lo que permite constatar, en contra de la inicial doctrina del Tribunal Constitucional en la Sentencia de 99/1985, que la igualdad entre españoles y extranjeros no es predicable del Derecho a la tutela judicial efectiva.

Los factores de orden público y seguridad pública se erigen en referencias determinantes, en los que priman los aspectos relativos a la articulación de las organizaciones policiales nacionales en detrimento de la articulación de los sistemas judiciales, a los que tendrían que estar supeditadas aquellas. Es obligado volver sobre los datos aportados en relación con la cooperación policial europea en torno a los calificados como Grupo de Trevi, Grupo ad hoc de Inmigración y a los Acuerdos de Shengen, más restringidos en sus integrantes, en calidad de referencias,

⁸⁴ ATS de 20 de diciembre de 1990, cit.

⁸⁵ ATS 17 de enero de 1991, Ponente: Sr. DELGADO BARRIO.

⁸⁶ Vid. E GARCIA DE ENTERRIA: "La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: La recepción del principio del «fumus boni iuris» (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su transcendencia general", en «REDA», 1991, nº 69, pp. 65-85 y "La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la «aparición de buen derecho» para el otorgamiento de las medidas cautelares. Silencio administrativo y aparición de abuso de ejecutividad", en «REDA», nº 70, 1991, pp. 255-168.

desconectadas del sistema judicial.

Una completa síntesis de la problemática subyacente en la cooperación policial entre los Estados Miembros de las Comunidades Europeas ha sido expuesta con ocasión de las preguntas, incontestadas, planteadas desde el Parlamento Europeo al Consejo de las Comunidades Europeas. En las dieciocho preguntas planteadas⁸⁷ se realiza una completa disección de los aspectos organizativos y operativos implicados en cada una de las cuestiones⁸⁸ y como única y unificada contestación a todas ellas, el

⁸⁷ Preguntas Escritas del Parlamentario Europeo Sr. Paul STAES (V), de fecha 15 de abril de 1992, relativas a los asuntos: Trevi: intercambio de información/lucha contra las drogas; Trevi: misiones controladas/lucha contra las drogas; Trevi: cooperación policial conjunta; Trevi: refugiados ilegales; Trevi; mantenimiento del orden; Trevi: acuerdos bilaterales en relación con agentes de enlace; Trevi: agentes de enlace; Trevi: definiciones; Trevi: unidad de información sobre las drogas; Trevi: lucha contra el terrorismo; Trevi: sistema de información; Schengen: sistema de información; Shengen; oficinas de registro; Política de asilo en la CE; Solicitante de asilo; Grupo "ad hoc" sobre inmigración; Intercambio de información entre los servicios de policía en la CE; Trevi: estructura central de coordinación de la lucha contra el terrorismo. (Preguntas 92/C 235/104 a 121, DOCE, C 235, 14.09.92, pp. 51-57).

⁸⁸ Como ejemplos: Pregunta sobre Schengen: sistemas de información Nº. 976/92, cit.: En el Sistema de Información resultante del Acuerdo de Schengen pueden almacenarse información sobre personas que tienen que ser controladas discretamente porque pueden representar amenaza para la seguridad pública. Con ocasión de estos controles pueden asimismo registrarse las personas que acompañan a la persona en cuestión. 1) ¿Que se hace con los datos que acompañan a la persona en cuestión y por qué sucede esto? ¿Se almacenan en el sistema SIS o en otra red internacional paralela? En caso afirmativo, ¿en que rúbrica y en qué categoría se registran?; 2) ¿Se ha llegado a acuerdos sobre las definiciones y sobre los criterios que determinan lo que es concretamente una persona que representa una amenaza para la seguridad pública? En caso afirmativo, ¿cuales son exactamente? En caso negativo, ¿no lleva lo anterior, en la práctica, a una interpretación amplísima de este concepto por lo cual se obliga a un país a recopilar datos sobre una persona que en un país signatario del Acuerdo de Shengen se considera subversiva pero que no lo es según sus propias normas?

Pregunta sobre Grupo ad hoc sobre inmigración Nº.980/92, cit.: "El grupo ad hoc sobre inmigración existe desde 1986 y cuenta con cinco grupos de trabajo: controles fronterizos, política en materia de visados, política de asilo, inmigrantes ilegales e informática. ¿Cuales son los objetivos, las razones de su existencia, las competencias, la composición y el

Consejo de las Comunidades Europeas diferencia entre "las cooperaciones" que se enmarcan en los Tratados constitutivos (Trevi e Inmigración) y el resto (Club de Berna, Star, Kilowat. La Asociación Internacional de Jefes de Policía «IACP») sobre los que no se pronuncia, limitándose a reconocer el apoyo organizativo prestado por la Secretaria General del Consejo a las reuniones que se celebran en el marco del Grupo ad hoc de Inmigración, a recordar los antecedentes del Grupo de Coordinadores "Libre circulación de personas", que enmarca en el acuerdo de creación por el Consejo Europeo en la reunión de Rodas, en diciembre de 1988, justificada en que "la realización de los objetivos comunitarios y en particular, el espacio sin fronteras interiores, están vinculados a los avances que se produzcan en la cooperación intergubernamental en la lucha contra el terrorismo, la criminalidad internacional, la droga y los tráficos ilícitos de cualquier tipo. Dicha cooperación se reforzará para alcanzar rápidamente resultados concretos que permitan a la Comunidad tomar, por su parte, las medidas que sean precisas para que Europa se organigrama, las asociaciones de cooperación, los medios y los procedimientos de actuación, los acuerdos y las medidas concretas de cada uno de los cinco grupos de trabajo particulares del grupo ad hoc de Inmigración?

Pregunta sobre Trevi: estructura central de coordinación de lucha contra el terrorismo Nº. 982/92, cit. :En junio de 1990 se aprobó en la reunión de Trevi el "Programa de acción para 1992". Este programa de somete cada semestre a una evaluación, tal como se hizo recientemente en diciembre de 1991. De conformidad con el apartado 2.5 se intenta en el marco de la lucha contra el terrorismo, establecer una estructura central de coordinación que actúe como punto de contacto para todos los Estados Miembros de la CE en su lucha contra el terrorismo. 1) ¿en qué medida, de qué manera, a través de qué procedimientos y bajo control de quién se ha establecido una estructura central de coordinación que actúa como punto de contacto para todos los Estados Miembros de la CE en su lucha contra el terrorismo?; 2)¿Desde cuando existe y dónde tiene su sede?; 3) ¿Qué funciones, competencias, medios y recursos humanos tiene esta estructura de coordinación?; 4) ¿Que servicios forman parte de ella?, 5)¿Qué organizaciones nacionales e internacionales controlan esta estructura de coordinación y sus actividades y de qué manera y con qué medios lo hacen? ¿Desempeña el poder judicial un papel a ese respecto?.

convertida en una realidad tangible a los ojos de los ciudadanos. Con este fin cada Estado Miembro designará a un responsable para la coordinación necesaria". La Respuesta concluye con un ostentoso distanciamiento de las cuestiones planteadas, mediante la cortés y distanciada fórmula: "El Consejo aprovecha la ocasión que le brinda la respuesta a todas estas preguntas para recordar que la cooperación emprendida en los distintos foros que cita Su Señoría es ejercida por gobiernos responsables ante sus respectivos Parlamentos representativos" y remite al procedimiento de información arbitrado ante el Parlamento, con arreglo al cual "la Presidencia expondrá a una delegación del Parlamento Europeo, al término de cada semestre, las principales actividades en los sectores que abarcan el Grupo ad hoc "Inmigración", el Grupo de Coordinadores "Libre circulación de personas", el CELAD y el Grupo Trevi"⁸⁹.

La clara voluntad de soslayar las preguntas planteadas y la remisión a un procedimiento de información restringido a una Delegación del Parlamento Europeo, conecta con lo que tradicionalmente han sido los temas de Estado vinculados a las estrategias de la defensa condicionada por la política de bloques, con ello se maximiza la trascendencia de actuaciones que no tienen motivos para dejar de estar regladas conforme a los textos legales aprobados por los parlamentos nacionales y que, en el control de la legalidad de las actuaciones administrativas realizadas por las instancias dependientes de los respectivos gobiernos nacionales, no permite olvidar a las correlativas instancias jurisdiccionales.

La propuesta de no olvidar el control jurisdiccional es coherente con la premisa del Estado de Derecho de que las libertades públicas "constituyen verdaderos límites a los poderes administrativos, tanto normativos como discrecionales, límites verdaderamente infranqueables, tanto

⁸⁹ Respuestas común del Consejo de las Comunidades Europeas a las preguntas escritas nº 965/92 a 982/92 (20 de julio de 1992), DOCE cit., pp. 57-58.

por su carácter genérico de principios generales dominantes del ordenamiento como por su específico rango constitucional⁹⁰, lo que exige, tanto el sometimiento estricto al principio de explícita e inequívoca habilitación legal, que sólo la Ley formal puede satisfacer, como el control jurisdiccional de las actuaciones realizadas en aplicación de la Ley habilitante, de modo, que el incumplimiento de estas exigencias constitucionales hace incurrir en "vía de hecho", por soslayar principios de competencia y procedimiento, que se interconectan con la nulidad de pleno derecho de los correspondientes actos administrativos⁹¹. Ello obliga a recordar que la ejecutividad de los actos administrativos ni puede explicar ni justificar toda la actividad administrativa⁹², ni aún con los pretextos de eficacia y eficiencia en la acción administrativa, y que la alternativa judicial para el control de estas situaciones constituye la única opción institucional coherente con nuestro Sistema constitucional como parte del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos⁹³. Corresponde a nuestro sistema de gobierno ofrecer

⁹⁰ Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA Y T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ: Curso de Derecho Administrativo, T.II, cit., p. 62.

⁹¹ Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA Y T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ: Curso de Derecho Administrativo, cit, p. 771; F. LOPEZ MENUDO: Vía de hecho administrativa y justicia civil, Madrid 1988, pp.171-221.

⁹² Cfr.en A. BETANCOR RODRIGUEZ: El acto ejecutivo, CEC, Madrid 1992, p. 443.

⁹³ En esta línea le reciente monografía de I. SEVILLA MERINO: La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa, Madrid 1992, y E. GARCIA DE ENTERRIA, E. LINDE, L.I. ORTEGA, M. SANCHEZ MORON: El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, cit., con el análisis de la eficacia de la Convención europea a través de la técnica del artículo 10.2 de la Constitución español y de la regla del agotamiento de los recursos internos del artículo 26 de la Convención, pp. 152-174.

específicas respuestas a esta problemática al afectar a lo que el artículo F del Proyecto de Tratado de la Unión califica como la "identidad nacional de sus Estados Miembros" y por ello tener que articularse las relaciones comunitarias desde la técnica de la cooperación, conforme enuncia el Título VI del Proyecto de Tratado: Cooperación en asuntos de Justicia e Interior⁹⁴, que para la aproximación de las legislaciones requiere del procedimiento previsto por el artículo K 9 en relación con el artículo 100 del Proyecto de Tratado de la Unión Europea.

⁹⁴ Una síntesis de los antecedentes y de los instrumentos de cooperación en el estudio de J. DE MIGUEL ZARAGOZA y A. BLANCO DE CASTRO: "El Título VI del Tratado de la Unión: Cooperación en asuntos de Justicia e Interior", en «Gaceta Jurídica de la CEE», nº monográfico: El Tratado de la Unión Europea, cit., pp. 173-228.

VI.- REGIMEN JURIDICO DE ENTRADA Y PERMANENCIA DE LOS NACIONALES DE ESTADOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA.

1º.- Marco Jurídico Institucional.

La Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea, autorizada por Ley orgánica 10/1985, de 2 de agosto, y llevada a cabo mediante Instrumento de 20 de septiembre de 1985, que ratifica el Tratado de Adhesión formalizado en Lisboa y Madrid el 12 de junio de 1985, impuso al Estado Español la aplicación, (escalonada en un periodo transitorio de siete años) de todas y cada una de las normas que constituyen el llamado "acervo comunitario", comprensivo, de las disposiciones contenidas en los Tratados constitutivos de la CECA, CEE y EURATOM¹ y del Derecho derivado, conjunto normativo formado por las disposiciones dictadas por las propias Instituciones comunitarias en desarrollo de los Tratados, y por los criterios jurisprudenciales establecidos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas².

¹ El 18 de abril de 1951, los Ministros de Italia, Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo y Alemania firmaron el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, posteriormente, el 25 de marzo de 1957, firmaron conjuntamente el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma) y el Tratado de la Comunidad Europea de Energía Atómica. Con posterioridad, el 22 de enero de 1972, se produce la primera ampliación de la Comunidad con la firma del Tratado de Adhesión de Gran Bretaña, Dinamarca e Irlanda. El 28 de mayo de 1979, se produce la segunda ampliación con la firma del Tratado de Adhesión de Grecia.

² Vid. P. PESCATORE: "La estructura jurídica de las Comunidades Europeas", en «DA», nº 185 (1980), pp.15-31; G.C RODRIGUEZ IGLESIAS: "Los efectos internos del Derecho Comunitario en España", en «DA», nº 201 (1984), pp. 51-83; F. MANCINI: "La incorporación del Derecho Comunitario en el Derecho interno de los Estados Miembros de las Comunidades

El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea tiene como finalidad la creación de un amplio espacio político-económico común, que permita una expansión continuada, una estabilidad creciente y una progresiva mejora del nivel de vida³. Por lo tanto, el objetivo comunitario se centra en el estricto ámbito económico, si bien es evidente que el desarrollo integral de la actividad económica, cuya finalidad es la creación de un mercado común europeo, comporta a su vez la supresión de todo tipo de restricciones a la circulación de los agentes económicos dentro de la Comunidad y, por ello, exige un mercado común de trabajo⁴. Con esta finalidad el Título III del Tratado de Roma relativo a la libre circulación de personas, servicios y capitales, reconoce la Libre Circulación de trabajadores, Establecimiento y Libre Prestación de Servicios de los nacionales de los Estados Miembros.

El Acta Unica Europea de 1986 incorpora al Tratado Constitutivo el «Protocolo de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea», en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», nº 73 (1987-88), pp. 95-111 y A.MANGAS MARTIN: Derecho Comunitario Europeo. Derecho Español, Madrid 1986, Capítulo 2º, La recepción normativa del Derecho comunitario, pp. 45-69 y Capítulo 5º, la aplicación del Derecho Comunitario en España, pp. 163-205. La instrumentación normativa para adecuar el Derecho Español al Derecho Comunitario ha tenido como referencia la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, que delegó en el Gobierno, al amparo del art. 82 de la Constitución, la facultad de dictar Decretos Legislativos sobre las materias objeto de las leyes relacionadas en el Anexo, estableciendo como bases las normas de Derecho Comunitario que el mismo Anexo especificaba.

³ Art. 2º del Tratado de Roma.

⁴ Cfr. M. RAMOS QUINTANA: El trabajo de los extranjeros en España, cit. p.110; Vid. F. DURAN LOPEZ: La libertad de circulación y de establecimiento en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE, Madrid, 1986, p. 15; y V. ABELLAN HONRUBIA: "Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la CEE", en «Revista Jurídica de Catalunya», nº 2 (1985), p. 10.

objetivo de conseguir el establecimiento progresivo de un Mercado Interior⁵, la cooperación en materia de Política Económica y Monetaria, a efectos de conseguir la Unión Económica y Monetaria⁶, articula los Fondos Estructurales en función del principio de Cohesión Económica y Social⁷ y determina como una alternativa económica estructural para las Comunidades Europeas la Investigación y el Desarrollo Tecnológico⁸, al tiempo que precisa la acción de las Comunidades en lo que respecta a la Política Social⁹ y al Medio Ambiente¹⁰.

El Proyecto de Tratado de la Unión Europea profundiza en estas opciones desde un marco Institucional¹¹ único respetuoso con la identidad nacional de los Estados Miembros¹², respetuoso con los Derechos Fundamentales, tal y como los garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros como Principios Generales del Derecho Comu-

⁵ Sección II, Subsección I - El Mercado Interior.

⁶ Sección II, Subsección II - Capacidad Monetaria.

⁷ Sección II, Subsección IV - Cohesión Económica y Social.

⁸ Sección II, Subsección V - Investigación y Desarrollo Tecnológico.

⁹ Sección II, Subsección III - Política Social.

¹⁰ Sección II, Subsección VI - Medio Ambiente.

¹¹ Título I, Art. C del Proyecto de Tratado de la Unión Europea, cit.

¹² Título I, Art. I del Proyecto de Tratado de la Unión Europea, cit.

nitario¹³, y como significativo elemento para decantar su identidad en el ámbito internacional, se propone «reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de los Estados Miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión»¹⁴, objetivo que tiene como efecto el desarrollo por la Comunidad Europea de «una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior»¹⁵, marco de cooperación que de facto, ya ha sido articulado en el ámbito de los «asuntos de Interior» desde la referida articulación del Grupo de Trevi, Grupo ad hoc de Inmigración y Acuerdos de Schengen, contraposición entre la emergente Ciudadanía Europea Comunitaria y la decantación a sensu contrario, de la condición de extranjero a la Europa Comunitaria, que es un eslabón más en la historia de la contraposición ciudadano y extranjero.

Con el objetivo de evaluar los contenidos que implica la Ciudadanía Europea y como complemento del análisis, ya realizado, de sus implicaciones electorales a nivel local, paso al análisis y a la consideración de las libertades de las Comunidades Europeas, materializadas en la Libre Circulación de Trabajadores, el Derecho de Establecimiento y la Libre Prestación de Servicios, operando desde la perspectiva de los condicionantes que aún impone la nacionalidad de los Estados Miembros, analizada desde la aplicación en España de este bloque de la normativa comunitaria.

¹³ Título I, Art. F del Proyecto de Tratado de la Unión Europea, cit.

¹⁴ Título I, Art. B 3 del Proyecto de Tratado de la Unión Europea, cit.

¹⁵ Título I, Art. B 4 del Proyecto de Tratado de la Unión Europea, cit.

A) – La Libre Circulación de trabajadores.

La Libre Circulación de trabajadores, está regulada en el Capítulo I del Título III del Tratado de Roma¹⁶, que desarrolla los principios básicos aplicables a los ciudadanos comunitarios que pretendan desarrollar una actividad asalariada en otro Estado Miembro distinto del suyo. Consiste en la posibilidad, por parte de un trabajador comunitario, de responder a "una oferta de trabajo efectivamente realizada"¹⁷ en el ám-

¹⁶ Arts. 48-51 del Tratado de Roma. El artículo 48 del Tratado recoge los objetivos de la libre circulación de trabajadores y el art. 49 del mismo Tratado, contiene los instrumentos previstos para llevar a cabo tal realización, disponiendo dicho precepto que, a partir de la entrada en vigor del Tratado, el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará, mediante directivas o reglamentos, las medidas necesarias a fin de hacer progresivamente efectiva la libre circulación de trabajadores. Respondiendo a la idea de plan progresivo, la libre circulación de trabajadores ha sido desarrollada en tres etapas sucesivas: 1ª) Establecida por el Reglamento nº 15 de 16 de agosto de 1961 y la Directiva del Consejo nº 57 de la misma fecha, abarca el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 1961 y 30 de abril de 1964. El Reglamento nº 15 incorpora las primeras medidas para la realización de la libre circulación de trabajadores, y la Directiva, por su parte, se encargó de regular los procedimientos y prácticas administrativas relativos a la entrada, empleo y residencia de trabajadores de los Estados Miembros y sus familiares en el territorio de otro Estado Miembro. 2ª) Comprendería entre el 1 de mayo de 1964 y el 8 de noviembre de 1968, se inicia con la adopción del Reglamento nº 38 de 25 de marzo de 1964, relativo a la libre circulación de trabajadores, que sustituye al anterior de 1961. En la misma fecha el Consejo dicta la Directiva 64/240, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y residencia de los trabajadores de los Estados Miembros y de sus familias en el interior de la Comunidad. 3ª) El régimen definitivo de la libre circulación de trabajadores quedará fijado en el Reglamento 1612/1968, de 15 de octubre, y en la Directiva de la misma fecha 68/360, disposiciones referidas a la supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados Miembros y de sus familias dentro de la Comunidad. Cfr. M. RAMOS QUINTANA: El trabajo de los extranjeros en España, cit., p. 125.

¹⁷ Como señalan G. LYON-CAEN y A. LYON-CAEN, esto significa que el trabajador no

bito de la Comunidad y a desplazarse libremente por el territorio de la misma¹⁸, así como la posibilidad de residir en un Estado Miembro distinto del suyo para poder desarrollar su trabajo, posibilidad que supone la aplicación del principio de no discriminación, principio básico consagrado en el artículo 7 del Tratado de Roma, sin el cual la Libertad de Circulación de trabajadores resulta imposible de desarrollar. Tiene como límite, la previsión contenida en el apartado cuarto del artículo 48 del Tratado de Roma, que señala que la normativa establecida sobre Libre Circulación de trabajadores no se aplicará a los empleos en la Administración Pública

La Libre Circulación de trabajadores en el seno de la CEE comporta una serie de derechos y obligaciones, para los particulares, los Estados Miembros y las Instituciones comunitarias, que vienen enmarcadas básicamente en torno a dos coordenadas¹⁹:

La primera consiste en la aplicación a los trabajadores migrantes de la CEE del principio de igualdad con el nacional, consagrado en el artículo 7 del Tratado, lo que significa que cada Estado Miembro conserva su competencia para establecer, dentro de su territorio, el régimen de acceso al empleo y de condiciones de trabajo que considere más convenientes en cada rama de la producción o del comercio, y que la única condición impuesta por el Tratado es que dicho régimen se aplique en condiciones de puede desplazarse al interior de la Comunidad en busca de empleo, vid. su obra: *Droit Social International et Européen*, Paris 1985, p.215.

¹⁸ No solo a los trabajadores permanentes, sino también a los trabajadores temporales y a los trabajadores fronterizos, como señala el Preámbulo del Reglamento CEE 1612/68.

¹⁹ Cfr. V. ABELLAN HONRUBIA: "La Libertad de Circulación de trabajadores" en Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio Sistemático desde el Derecho Español, T.I, 1986, p.113.

igualdad, es decir sin discriminación, a los trabajadores comunitarios en relación con los nacionales.

La segunda coordenada viene dada por la adopción por la CEE de una normas mínimas comunes para los trabajadores comunitarios migrantes, relativas al acceso al empleo y a la entrada, permanencia y salida del territorio de los Estados Miembros; con ello se trata de establecer las bases materiales o condiciones generales necesarias para que pueda funcionar el Mercado Común de Trabajo.

En concreto la Libertad de Circulación de Trabajadores supone la posibilidad de responder a un trabajo efectivamente ofertado, en el ámbito de un Estado Miembro -para lo que se instrumenta el Sistema SEDOC de información de empleo - y a desplazarse libremente, a este efecto, por el territorio de los Estados Miembros, así como la posibilidad de residir en un Estado Miembro para desarrollar su trabajo y permanecer en el mismo despues de haber ocupado un empleo, siendo preciso señalar que nunca la asimilación a los trabajadores nacionales ha sido mas completa²⁰. Sin embargo, a pesar de que en principio la Libre Circulación de Trabajadores se estableció con objeto de conseguir el pleno empleo dentro del ámbito de la Comunidad este objetivo no se ha conseguido totalmente, pues se da la circunstancia de que sólo un 2% de la mano de obra migrante es de origen comunitario²¹, lo que significa, que mientras en algunos Estados Miembros existe una alta tasa de desempleo, las puestos de trabajo vacantes en otros Estados Miembros son ocupados por asalariados, que

²⁰ Cfr. J.V.LOUIS: "La Libre Circulation des travailleurs" en J. MAIGRET y otros: Le Droit de la Communaute Economique Européenne, Vol III, Bruxelles 1971, p. 49.

²¹ Vid. Punto 2.2 del Dictamen del Consejo Económico y Social "sobre la situación económica en y de la Comunidad a mediados de 1991" (DOCE C de 31.12.91).

son nacionales de Terceros Estados²².

Los principios expuestos no permiten, sin embargo, delimitar con precisión su ámbito de aplicación material, que requiere concretar, con la ayuda de la Jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas, cual es el concepto de trabajador asalariado, que actividades se incluyen bajo la noción de trabajo asalariado, y por lo tanto, son objeto del Derecho de Libre Circulación de trabajadores y que empleos en la Administración Pública quedan excluidos de la regulación comunitaria,

1.- Concepto Jurisprudencial de Trabajador Asalariado.

En lo que se refiere al trabajo asalariado, aunque la Libertad de Circulación de trabajadores constituye uno de los principios básicos de la CEE, el Tratado de Roma no precisa definición de trabajo asalariado y de trabajador, por ello ha sido necesaria una elaboración jurisprudencial del concepto²³.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades, en su Sentencia de 23 de marzo de 1982²⁴, señala que lo importante para definir el concepto de

²² Según los datos aportados por el Sr. DELORS, en nombre de la Comisión, a la Pregunta Escrita nº 3066/91, realizada por el parlamentario europeo Sr. P. LANE (RDE), la proporción de extranjeros nacionales de Terceros Estados, residentes legalmente en los diversos Estados Miembros es: Bélgica, 1,33%; Dinamarca, 2,74%; Alemania, 1,78%; Grecia, 13,27%; España, 3,94%; Francia, 0,48%; Irlanda, 2,52%; Italia, 7,44%; Luxemburgo, 1,16%; Países Bajos, 1,64%; Portugal, 6,41% y Gran Bretaña, 6,70%. Vid. Respuesta a la Pregunta Escrita nº 3066/91 (DOCE C 269, de 19.10. 92, p. 20).

²³ Vid. V. ABELLAN HONRUBIA: "La Libertad de Circulación de trabajadores" en Tratado de Derecho Comunitario Europeo, cit., p. 109.

²⁴ Fto. jco. 17 de la STJCE de 23 de marzo de 1982 (LEVIN 53/81), Rec. 1982, p. 1035. Vid. L.J. CONSTANTINESCO: "Il lavoratore straniero come soggetto giuridico nella CEE" en

trabajador, conforme al Tratado, es que se realice una actividad asalariada real y efectiva, e incluye dentro de la noción comunitaria de trabajo asalariado el trabajo a tiempo parcial y fija el límite de esta noción en "aquellas actividades tan residuales que se presenten como marginales y accesorias". El efecto más importante de esta Sentencia es que incluye dentro del concepto de Libre Circulación no sólo a aquellos trabajadores que disfruten de un trabajo a tiempo completo y perciban por ello un sueldo cuando menos igual al salario mínimo, con lo cual el concepto de Libre Circulación de trabajadores resultaría restringido.

El Tribunal señala que el trabajo a tiempo parcial no está excluido de la Libre Circulación de trabajadores y precisa que las normas que lo regulan "solo contemplan el ejercicio de actividades reales y efectivas, excluyendo aquellas actividades tan reducidas que aparezcan como puramente marginales o accesorias", y estima que "del enunciado de la Libre Circulación de trabajadores, así como del lugar que ocupan las normas que lo regulan en el conjunto del sistema del Tratado, resulta que estas normas no garantizan más que la libre circulación de personas que ejerzan o deseen ejercer una actividad económica".

El problema a partir de este momento ha sido determinar el carácter económico o no de una actividad a efectos de saber si está o no incluida bajo la definición comunitaria de trabajo asalariado, habiendo sido admitidas las actividades deportivas ejercidas profesionalmente²⁵.

En lo que se refiere al sector económico a cubrir por la noción de "trabajo asalariado" el Tribunal sólo admite las exclusiones expresamen-

«RDICL», 1976, nº 2, pp. 273 y ss.

²⁵ Así las Sentencias del TJCE de 17 de diciembre de 1974 (BNO Walrave L/JN Koch/Association Union Cycliste Internationale 36/74).Rec., 1974, pp. 1405 y ss. y la de 14 de julio de 1976 (Gaetano DONA/Mario MONTERO 13/76).Rec., 1976, pp. 1333 y ss.

te previstas en el Tratado, lo que le ha llevado a considerar como tal el trabajo asalariado realizado en el campo de la navegación marítima y aérea, a pesar de que, conforme a los artículos 61.1 y 84.2 del Tratado, en estos sectores las disposiciones han de ser tomadas por el Consejo²⁶.

El concepto de trabajador comunitario va siendo ampliado por la labor del Tribunal de Justicia, que ha considerado que "un trabajador en el sentido del apartado 2 del artículo 7 del Reglamento nº1612/68 es un nacional de otro Estado Miembro que se compromete a una relación laboral en el Estado de acogida por un periodo de ocho meses, con el fin de iniciar a continuación en este país estudios universitarios en el mismo sector profesional y que no había sido contratado por el empresario si no hubiera estado admitido en la universidad"²⁷.

La calidad de trabajador se mantiene cuando el ciudadano miembro ha ejercido actividades profesionales en el Estado de acogida, inicie éste estudios universitarios y siempre y cuando exista "una continuidad entre la actividad profesional ejercida anteriormente y los estudios seguidos, en el sentido de que debe existir una relación entre el objeto de los estudios y la actividad profesional previa".

El Tribunal señala, de modo complementario, que el "requisito de continuidad no puede sin embargo exigirse en caso de un trabajador comunitario migrante que se encuentre en paro involuntario y a quien la situación de trabajo le obligue a efectuar un cambio profesional a otro sector de actividad"²⁸, supuesto en el que el trabajador en paro

²⁶ STJC de 4 de abril de 1974 (Comisión/República Francesa).

²⁷ Fto. jco. 23 de la STJCE de 21 de junio de 1988 (Stevem Malcolm BROUWN/Secretary of State Scotland, 197/86).

²⁸ Fto. jco. 37 de la STJCE de 21 de junio de 1988 (S.LAIR/ Universidad de Hannover ,

involuntario no perderá su condición de tal, como precisa el Reglamento 1612/68.

2.- Consideración del empleo en la Administración Pública.

El artículo 48 del Tratado que reconoce la Libre Circulación de Trabajadores en el interior de la Comunidad, establece, en su punto 4, "que las disposiciones del presente artículo no son aplicables a los empleos en la Administración Pública", se trata por lo tanto de una excepción²⁹ general al principio de Libre Circulación. Sin embargo, el problema que se plantea es que el Tratado no define que es lo que se entiende como Administración Pública, es decir si hay que entender esta acepción de forma amplia, con lo cual se incluiría el personal vinculado a los Servicios Públicos y las Empresas Públicas además de los funcionarios públicos o, en un sentido mas estricto, en cuyo caso afectaría exclusivamente a aquellos cargos que asumieran el ejercicio de Poder Público.

El Parlamento Europeo ha sido quien en primer lugar abordó el tema en su Resolución de 17 de enero de 1972, al conectarla con el artículo 55.1 del Tratado, en virtud del cual se excluyen del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios, las actividades que participen en el ejercicio de autoridad pública³⁰. El objeto de la exclusión, 39/86).

²⁹ Aunque como señala V. ABELLAN HONRUBIA, más que de una excepción se trata de una cláusula de delimitación del ámbito de aplicación material de las normas comunitarias sobre libre circulación de trabajadores. Vid. V. ABELLAN HONRUBIA: "La Libertad de Circulación de trabajadores", en Tratado de Derecho Comunitario Europeo, cit., p.111.

³⁰ Problemática objeto de análisis por V. ABELLAN HONRUBIA: "Excepciones a la libertad de establecimiento en la CEE". «RIE». 1975, pp.371-378.

contenida en el artículo 48.4, según entendió el Parlamento Europeo, "es esencialmente permitir a los Estados Miembros reservar a sus nacionales el ejercicio efectivo de la autoridad pública"³¹. Sin embargo, este texto presenta una importante limitación ya que su redacción resulta bastante ambigua³², pues también añade que "el artículo 48.4 puede ser aplicado a todo empleo considerado por un Estado como concerniente a su Administración Pública, cualquiera que sea el contenido de la actividades efectuadas en el marco de dicho empleo".

La cuestión radica, por lo tanto en determinar si la noción de empleo en la Administración Pública hay que remitirla a la legislación de cada Estado Miembro o si, por el contrario, es una noción comunitaria que debe ser definida por las Instituciones Comunitarias, conforme a los principios y directrices del Ordenamiento Jurídico de la CEE. El Tribunal de Luxemburgo ha optado por esta segunda vía, realizando además una interpretación restrictiva de la exclusión contenida en el párrafo 4 del artículo 48³³.

Esta postura del Tribunal no es ninguna novedad, ya que es habitual en él, mantener la primacía de los principios y directrices del Ordenamiento Comunitario sobre los Derechos nacionales, como hemos podido

³¹ Resolución del Parlamento Europeo de 17 de enero de 1972. JOCE nº C 10 05.2.72.

³² Como señala A. GALINSOGA JORDA: "El artículo 48.4 del TCEE y los empleos en la Administración de la Comunidades Autónomas", en Coloquio organizado por la Asociación Española para el estudio del Derecho Europeo: La integración de España en las Comunidades Europeas y las Competencias de la Comunidades Autónomas, Ed.Generalitat de Catalunya, Barcelona 1985, pp.354.

³³ Vid. V. ABELLAN HONRUBIA: "La Libertad de Circulación de trabajadores", en Tratado de Derecho Comunitario Europeo, cit., p. 113.

comprobar desde su interpretación de la noción de trabajador comunitario, y como más adelante veremos, cuando defina la noción de Orden Público, pretendiendo con ello ampliar el ámbito de aplicación de la Libre Circulación de trabajadores, para lo que establece unos límites estrictos de la noción "empleo en la Administración Pública", al interpretar la exclusión del artículo 48 de forma restrictiva.

Tres Sentencias del Tribunal han marcado la pauta a seguir en el tema, la Sentencia de 12 de febrero de 1974³⁴ en el asunto SOTGIU; la Sentencia de 17 de diciembre de 1980³⁵ y la Sentencia de 26 de mayo de 1982³⁶, ambas en la causa Comisión contra el Reino de Bélgica. En la Sentencia de 17 de diciembre de 1980 el Tribunal interpreta el artículo 48.4 en el sentido de "situar fuera del campo de la Libre Circulación, la Función Pública y el ejercicio de cargos públicos, al estimar que tales empleos suponen por parte del titular una relación particular de solidaridad con el Estado así como una reciprocidad de derechos y obligaciones que son la base de la nacionalidad", para añadir a continuación, "que la excepción del artículo 48.4 no se aplica para empleos que, aún teniendo un vínculo jurídico con el Estado u otros organismos de Derecho Público, no implican ninguna participación en tareas propias de la Administración Pública propiamente dicha", ya que ello iría en contra de la unidad y uni-

³⁴ STJCE de 12 de febrero de 1974 (SOTGIU 152/73). Rec., 1974, pp. 153 y ss.

³⁵ STJCE de 17 de diciembre de 1980 (Comisión/Reino de Bélgica, 149/79). Rec., 1980, pp. 3881-3919. Vid. al respecto G. DRUESNE: "La liberté de circulation des personnes dans la CEE et les «emplois dans l'administration publique». (Sur un arrêt du 17 décembre 1980 de la Cour de Justice des Communautés européennes)", en «RTDE», nº 2 (1981), pp. 286 y ss.

³⁶ STJCE de 26 de mayo de 1982 (Comisión /Reino de Bélgica, 149/79). Rec. 1982, pp. 1845-1854.

formidad del Derecho Comunitario, además de "evitar que el efecto útil y el alcance de las disposiciones del Tratado relativas a la Libre Circulación de trabajadores y a la Igualdad de trato de los ciudadanos de los Estados Miembros sean limitados por interpretaciones de la noción de Administración Pública emanadas sólo del derecho nacional y que hagan fracasar la aplicación de las reglas comunitarias"³⁷.

En consecuencia, sólo permite excluir a los trabajadores de otros Estados Miembros que realicen un determinado tipo de actividades, esto es, aquellas que implican una participación en los poderes públicos sin que la excepción pueda fundamentarse, como señala en la Sentencia de 12 de febrero de 1974, en el vínculo que une al individuo con la Administración (empleados, trabajadores o funcionarios), puesto que tales calificaciones jurídicas "son variables en función de las legislaciones nacionales", y no pueden por consiguiente proporcionar un criterio de interpretación adecuado a los criterios del Derecho comunitario.

En la Sentencia de 26 de mayo de 1982, se ratifica en su anterior posición y declara que la cuestión estriba en saber si un empleo es o no característico de las actividades específicas de la Administración Pública "en tanto que esté investido del ejercicio del poder público y de la responsabilidad por la salvaguardia de los intereses generales del Estado", estimando el Tribunal, junto con la Comisión, que si bien las funciones de "sereno", "inspector de obras" e incluso "arquitecto" de una comunidad pública entraban dentro del supuesto previsto en el artículo 48.4 del Tratado³⁸, tal no era el caso de los "ayudantes-jardineros,

³⁷ STJCE de 17 de diciembre de 1980, cit.

³⁸ Fto jco. 8 de la STJCE de 26 de mayo de 1982, cit.

electricistas, puericultoras"³⁹, habida cuenta que la razón de la exigencia de que el empleo guarde relación con la defensa o promoción de los intereses generales se explica como señala la Sentencia 17 de diciembre de 1980, porque "en los distintos Estados Miembros, el poder público ha asumido responsabilidades de carácter económico y social, o participa en actividades que no son asimilables a las funciones típicas de la Administración pública, que pertenecen contrariamente en razón de su naturaleza, al dominio de aplicación del Tratado".

La Doctrina del Tribunal de Luxemburgo ha sido objeto de especial atención por la Comisión, ante su sistemático incumplimiento por los Estados Miembros. En su Comunicación relativa a la Libre Circulación de los trabajadores y el acceso de los trabajadores a empleos en la Administración Pública de los Estados Miembros (Acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado)⁴⁰, se muestra favorable a la apertura de empleos en la Administración, que no dependan de la autoridad pública, a todos los ciudadanos comunitarios.

La Comisión ha decidido que parte de sus esfuerzos dedicados a fomentar la Libre Circulación de trabajadores vayan dirigidos a garantizar dicha Libertad para los empleos en la Administración Pública de los Estados miembros, que en opinión de la Comisión, no pueden beneficiarse de la excepción contenida en el artículo 48.4 del Tratado.

En consecuencia, "la Comisión ha decidido emprender una acción sistemática para eliminar las restricciones por razón de nacionalidad que impiden en los Estados Miembros que los trabajadores de los otros Estados Miembros tengan acceso a los empleos en algunos sectores públicos

³⁹ Fto. Jco. 9 de la STJCE de 26 de mayo de 1982, cit..

⁴⁰ Comunicación de la Comisión. DO C 72 18.3.88.

concretos". La Comisión justifica su toma de posición en bases a la adopción del Acta Única en la que la Comunidad se ha fijado como meta a realizar en 1992, un verdadero mercado interior, "un espacio sin fronteras en el que la Libre Circulación de personas ocupa un lugar fundamental".

La Comisión vincula este plan para eliminar requisitos de la nacionalidad a otros planes que la Comunidad en estos momentos realiza, como son el el Programa SCIENCE (dirigido a incrementar la movilidad de los investigadores) y el Programa ERASMUS (que pretende fomentar la movilidad de los estudiantes dentro de la Comunidad), pues considera que el éxito de estos programas está vinculado a la liberalización de los empleos en la Administración Pública, así como los puestos de trabajo en instituciones públicas de investigación de los Estados Miembros, además de complementar las políticas de liberalización de transportes e instituciones financieras y, a la vez, crear las condiciones adecuadas para que determinadas profesiones puedan ser ejercidas por parte de los ciudadanos comunitarios en países distintos del suyo. Asimismo considera que el, en ese momento, proyecto de Directiva sobre reconocimiento de los títulos de enseñanza superior de carreras profesionales de duración mínima de tres años⁴¹, no puede llevarse a la práctica sin que se liberalicen los empleos en la Administración Pública, lo que permitirá que los ciudadanos comunitarios accedan a empleos antes reservados a nacionales del Estado Miembro de acogida.

La Comisión basa su propuesta en la interpretación restrictiva que el Tribunal de Justicia ha hecho del apartado 4 del artículo 48 del Tratado (Sentencias 17 de diciembre de 1980 y de 26 de mayo de 1982), que considera que "los empleos a los que se refiere la disposición son aquellos que están relacionados con actividades específicas de la Adminis-

⁴¹ Actualmente Directiva 48/89 de 21 de diciembre de 1988 (DOL 19 24.1.89).

tración Pública, es decir, en los casos en los que esta última aparece investida del ejercicio del poder público y de las responsabilidades de salvaguardar los intereses generales del Estado, intereses a los que deben quedar asimilados los de las colectividades públicas tales como las Administraciones municipales”.

Por todo ello, “la Comisión, a quien el Tratado ha confiado la responsabilidad de garantizar la correcta aplicación de las normas comunitarias y de hacer respetar las sentencias del Tribunal, se propone velar para que los Estados Miembros apliquen de manera efectiva la normativa sobre Libre Circulación”. Para ello declara una serie de actividades que quedan excluidas, por considerar que efectivamente se trata de actividades específicas de la función pública, en las que están incluidas, las fuerzas armadas, la policía y otras de orden público; la magistratura; la administración fiscal y la diplomacia. Además están incluidos los empleos en los Ministerios del Estado, de los Gobiernos regionales, de las colectividades territoriales y de otros organismos asimilados y de los Bancos centrales, “en la medida en que se traten del personal que realiza las actividades organizadas en torno a un poder jurídico público del Estado o de otra persona moral de derecho público”.

Excluidas estas actividades, la Comisión considera que el resto de los empleos “parecen estar en general suficientemente alejadas de las actividades específicas de la Administración Pública, tal como han sido definidas por el Tribunal de Justicia”, por ello la Comisión piensa dirigir su intervención de forma prioritaria a los siguientes sectores: los organismos responsables de la gestión de un servicio comercial (transportes públicos, correos, radiotelevisión...), los servicios operativos de salud pública, la enseñanza en los centros de enseñanza pública, la investigación civil en los establecimientos públicos.

La actitud de las Instituciones comunitarias, que no se ha desanimado en su lucha por la apertura de empleos en la Administración Pública a los nacionales comunitarios, a pesar de la oposición mostrada por los Gobiernos y sindicatos de los Estados Miembros, está empezando a dar sus frutos. Holanda publicó la Ley de 10 de abril de 1988, sobre el acceso de nacionales comunitarios al empleo público y Francia ha publicado la Ley nº 91-715, de 26 de julio de 1991, que contiene diversas disposiciones relativas a la apertura de la función pública a los nacionales comunitarios.

La Ley francesa permite el acceso de los nacionales comunitarios a los puestos de la Administración pública que se rijan por el estatuto general de la función pública, teniendo en cuenta que conforme a la normativa francesa, los agentes de servicios públicos industriales y comerciales (SNCF, Air France etc), no son funcionarios públicos, sino agentes sometidos a un régimen de derecho privado, que se rigen por sus estatutos o convenios colectivos, en los que se incluye la cláusula de nacionalidad, cláusula que puede ser modificada sin que sea preciso una Ley.

La reforma introducida en Francia fue previamente aceptada por el Conseil Constitutionnel, quien consideró que no se oponía a la normas constitucionales que restringen a los nacionales franceses el acceso a la función pública, al permitir *exclure*, conforme al concepto de función pública desarrollado por las Instituciones Comunitarias a los jueces, militares y funcionarios de las asambleas legislativas, que se rigen en Francia por estatutos especiales, preservando con ello para los nacionales franceses los cargos en la Función Pública, que están relacionados con actividades específicas de la Administración Pública, es decir, en los casos en los que esta última aparece investida del ejercicio

del poder público y de las responsabilidades de salvaguardar los intereses generales del Estado⁴².

B) -El Derecho de Establecimiento y la Libre Prestación de Servicios.

Los Capítulos II y III, del Título III del Tratado de Roma amparan dos facetas de la misma Libertad: el Derecho de Establecimiento⁴³ y el Derecho a la Libre Prestación de Servicios⁴⁴ en actividades profesionales, que deriven del comercio, industria, profesiones liberales, agricultura y artesanía⁴⁵.

Ante todo, es preciso establecer la diferencia entre Derecho de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios⁴⁶, para ello es preciso

⁴² Vid. L. DUBOUIS: "L'ouverture de la fonction publique aux ressortissants des autres Etats membres de la Communauté Européenne. Le législateur entre juge communautaire et juge constitutionnel". en «RFDA.» 7(6) nov.-dec. 1991, p. 902-907.

⁴³ Arts 52-58 del Tratado constitutivo de 25 de marzo de 1957 (TCE)

⁴⁴ Arts. 59 y 60 TCE.

⁴⁵ Las Libertades de establecimiento y prestación de servicios recogidas en los Capítulos II y III del Tratado de Roma han sido desarrolladas por las siguientes Directivas del Consejo: Directiva 64/220/CEE, de 25 de febrero, para la supresión de restricciones al desplazamiento y estancia de los nacionales de los Estados Miembros en el interior de la Comunidad, en materia de establecimiento y prestación de servicios; Directiva 73/148/CEE de 21 de mayo, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados Miembros en materia de establecimiento y prestación de servicios; Directiva 75/34/CEE, de 17 de diciembre relativa al derecho de los nacionales de un Estado Miembro a permanecer en el territorio de otro Estado Miembro despues de haber ejercido en él una actividad por cuenta propia.

⁴⁶ Distinción que como señala J.M.FRUTOS GOMEZ es poco frecuente en la práctica in-

ver como son definidas ambas actividades por el Tratado de Roma.

El Derecho de Establecimiento viene definido en el artículo 52 del Tratado de Roma como el "acceso a las actividades no asalariadas y a su ejercicio, así como a la constitución y gestión de empresas..., en las condiciones definidas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales...", es decir que la nota predominante del Derecho de Establecimiento es que el ciudadano comunitario se instala en un Estado Miembro distinto del suyo, de tal modo que se asimila por completo, excepto por su nacionalidad, a los nacionales del Estado de acogida.

En lo que respecta a la Libre Prestación de Servicios, la definición contenida en el artículo 60 del Tratado tiene como referencia "las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no esten regidas por disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas." Estos servicios comprenderán en particular: a) actividades de carácter industrial; b) actividades de carácter mercantil; c) actividades artesanales; d) actividades propias de las profesiones liberales⁴⁷. Definición, que incorpora, a la vez, criterios positivos y criterios negativos⁴⁸.

Los criterios positivos son los siguientes: debe de tratarse de una actividad económica internacional y ha sido objeto de no pocas críticas por la dificultad que puede comportar en ocasiones sus distinción. J.M.FRUTOS GÓMEZ: "Libertad de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios" en «Gaceta Jurídica de la CEE», Serie D nº 12 marzo 1986, p.335.

⁴⁷ Si bien el Tribunal de Justicia de la Comunidad ha extendido la Libre Prestación de Servicios al destinatario de de servicios, de tal modo, que permite incluir también a los turistas nacionales de Estados Miembros, según estima en las Sentencias de 31 de abril de 1984, Rec., 1984, p. 377 y Sentencia de 2 de febrero de 1989, Rec., 1989, p. 195.

⁴⁸ Cfr. D. VIGNES: "Le droit d'établissement et la libre prestation des services", en J.MEGRET y otros: Le Droit de la Communauté Economique Européenne, cit., pp.109.

prestación de servicio, es decir que el ejercicio de una actividad en beneficio de un tercero se efectúa a cambio de una remuneración, en la cual la transferencia de bienes no es la parte principal de la actividad (es decir que se trata de una obligación de «facere» y no de una obligación de «dare»), que debe ser realizada en el seno de la propia CEE y cuyo prestatario debe estar establecido en otro Estado Miembro distinto del que tiene como referencia el destinatario de la prestación.

El criterio negativo de la definición es que el régimen de las prestaciones, según los artículos 59 y 60, no se aplica a aquellas actividades cuyo régimen deriva de otra disposición del Tratado. Por lo tanto, es posible afirmar que la noción de Prestación de Servicios tiene un carácter residual, ya que una actividad remunerada tendrá el carácter de Prestación de Servicios cuando no haya previsto ningún régimen especial sobre dicha actividad, en ningún capítulo del Tratado.

Sin embargo, en esta primera aproximación conceptual, la noción de Prestación de Servicios no puede ser considerada como objeto de adecuada precisión, por ello lo habitual es definirla en contraposición a la noción de Establecimiento, ya que éste requiere de una instalación en el territorio del Estado Miembro mientras que la Prestación de Servicios no, por ello podemos definir el Derecho de Establecimiento como la posibilidad, por parte de cualquier ciudadano comunitario de acceder al ejercicio de actividades comerciales, industriales profesionales, agrícolas o artesanales, en las mismas condiciones que los nacionales del país donde se establezca; mientras que la Libre Prestación de Servicios supone el acceso al ejercicio temporal de estas actividades en un Estado distinto del propio, aunque sin fijar en él su residencia de forma permanente ni establecerse definitivamente⁴⁹. Bien es verdad, que la diferencia entre

⁴⁹ Vid. G. RESS: "La libre circulación de personas, de servicios y de capitales", en

ambos modos de actividad en determinadas ocasiones resulta casi inexistente o, por lo menos muy difícil de establecer, pues, por ejemplo, cuando a un arquitecto encargado de dirigir la construcción de una obra de cierta relevancia, la prestación de servicios le puede llevar a trabajar en un Estado Miembro diferente al suyo durante un periodo muy largo de tiempo, con lo cual, a efectos prácticos, parece identificarse con el establecimiento en dicho Estado.

El problema fundamental que presentan tanto el ejercicio del Derecho de Establecimiento como la Prestación de Servicios, es que, si en una primera aproximación, y debido al efecto directo de las disposiciones contenidas en el Tratado de Roma, por el que estas Libertades se aplican directamente⁵⁰, estas actividades parecen muy fáciles de desarrollar en un Estado Miembro distinto del propio, la realidad no confirma esta inicial valoración.

Para un extranjero, aún con la condición de nacional de Estado Miembro de la Comunidad, resulta muy difícil, por no decir casi imposible en algunos casos, cumplir con los requisitos y condiciones que se exigen a los nacionales para el desarrollo de cualquier actividad, por ello el "Principio de no discriminación en razón de la nacionalidad"⁵¹ no es su-

Treinta años de Derecho Comunitario, Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1981, pp. 329 y ss.

⁵⁰ Vid. S. MUÑOZ MACHADO: El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea, Madrid, 1986, p. 127, vid. también R. KOVAR: "Relaciones entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales", en Treinta años de Derecho Comunitario, cit. pp. 115-159.

⁵¹ Principio básico, que no es más que una manifestación del principio general de no discriminación por razón de la nacionalidad contenido en el 7 del Tratado de Roma, en conexión con los arts. 52 y 60 del mismo Tratado, reguladores del Derecho de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios. Vid. F. DURAN LOPEZ: Libertad de circulación y de establecimiento en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE, cit. p. 73. Vid. también, G. DRUESNE:

ficiente para solucionar todos los problemas a efectos de conseguir el objetivo final.

Con intención de solventar los obstáculos expresados, la Comunidad ha ido desarrollando un sistema de Directivas, referidas a las distintas actividades socioeconómicas, que tienden a facilitar el ejercicio del Derecho de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios, siendo cada vez mayor el número de profesiones u ocupaciones que por efecto de ser reguladas por una específica Directiva, son de más fácil acceso para los ciudadanos comunitarios. Directivas que aunque van dirigidas a los Estados, una vez expirado el plazo de cumplimiento, pueden ser invocadas directamente ante los Tribunales por los ciudadanos interesados⁵², siempre y cuando afecten a derechos subjetivos, obligaciones de no hacer por parte de los Estados y a relaciones de la Administración con los administrados.

Sin perjuicio de tener que valorar de modo positivo la técnica jurídica expuesta y su afortunada asimilación jurisprudencial, no se puede ignorar que la necesidad de invocar la aplicabilidad directa de las normas de Derecho Comunitario ante el juez, supone una falta de eficacia real de la norma comunitaria frente a la norma nacional, por lo que se puede hablar de un patrimonio jurídico de los ciudadanos de los Estados Miembros logrado a golpe de proceso judicial⁵³.

Liberté de prestation de services et travailleurs salariés", en «RTDE», 1982, nº 1, pp. 75-81.

⁵² TJCE Sentencia de 12 de junio de 1974 (Reyners 2/74), Rec.1974, p.631.

⁵³ Cfr. A.MANGAS MARTIN: "La obligación de derogar o modificar el Derecho Interno incompatible con el Derecho Comunitario: Evolución Jurisprudencial", en «RIE», mayo-agosto 1987, p.324.

C) -La situación singular de los profesionales liberales.

No podemos olvidarnos de hacer referencia a la Libre Circulación de Profesionales⁵⁴ en el seno de la Comunidad, que, en principio, afecta exclusivamente al Derecho de Establecimiento y a la Libre Prestación de Servicios, y que supone el libre acceso de los profesionales liberales al ejercicio de su profesión. Sin embargo, la dificultad que conlleva el ejercicio directo de cualquier profesión en un Estado Miembro distinto del propio -por lo que implica de diferentes estudios, titulación y normas para iniciarse en la profesión - a pesar del efecto directo de la normativa comunitaria, ha obligado a que, tanto el estudio como el ejercicio de la algunas de la llamadas profesiones liberales, haya sido regulado por Directivas, que pretenden homogeneizar y coordinar las condiciones exigidas en cada país para el ejercicio de la profesión de médico, enfermero, comadrona, dentista, farmacéutico, veterinario, abogado y arquitecto⁵⁵.

⁵⁴ Vid. los estudios de J.P. CRAYENCOUR: Comunidad Europea y Libre Circulación de profesionales. Convalidación de diplomas. Luxemburgo 1982; de M. BAENA del ALCAZAR: La Libre Circulación de Profesionales en Europa y su incidencia en España. Consejo de Universidades. Centro de Publicaciones. Secretaría General Técnica. Ministerio de Educación y Ciencia. Madrid 1987 y J.M SOUVIRON MORENILLA: La configuración jurídica de las profesiones tituladas en España y en la Comunidad Económica Europea, Consejo de Universidades, Secretaría General, Madrid 1988.

⁵⁵ Directivas 75/362 , de 16 de julio (DO L 167 30.06.75. EE 06 V1 p.186) y 75/363, de 16 de julio (DO L 167 30.06.75. EE 06 V1 p.197) para los Médicos; Directiva 77/249, de 22 de marzo de 1977 (DO L 078 26.03.77. EE 06 V1 p. 244) para Abogados; Directiva 77/452, de 27 de junio (DO L 176 10.07.77. EE 06 V2 p.89) y 77/453, de 27 de junio (DO L 176 15.06.77. EE 06 V2 p.2) para Enfermeras; Directivas 78/686, de 25 de julio(DO L 233 24.08.78. EE 06 V2 p.32) y 78/687, de 25 de julio (DO L 233 24.08.78. EE 06 V2 p. 40) para Dentistas; Directivas 78/1026, de 18 de diciembre (DO L 362 23.12.78. EE 06 V2 p.49) y 78/1027, de 18 de diciembre (DO L 362 23.12.78. EE 06 V2

Como vemos las Directivas afectan sólo a ocho profesiones, de las que seis se refieren a sanidad humana o animal y sólo dos a otro tipo de profesiones: abogados y arquitectos. Con ello, aunque la efectividad de la Libre Circulación se limita a un número de profesiones muy pequeño, al menos se han hecho efectivos para determinadas profesiones los principios que el Tratado reconocía en general, pero supeditados en su vigor, según el artículo 57.3, hasta la aprobación de las Directivas que las desarrollaran⁵⁶, conforme a la configuración legal de las profesiones⁵⁷.

p.55) para Veterinarios; Directivas 80/154, de 21 de enero (DO L 033 11.02.80. EE 06 V2 p. 89) y 80/155, de 21 de enero (DO L 033 11.02.80. EE 06 V2 p.95) para Comadronas; Directiva 85/834, de 10 de junio (DO L 223 21.08.85. EE 06 V3 p 20) para Arquitectos y Directivas 85/432, de 16 de septiembre (DO L 253 24.09.85. EE 06 V3 p25) y 85/433, de 16 de septiembre (DO L 253 24.09.85. EE 06 V3 p 37) para Farmacéuticos. Para un análisis sistemático de las Directivas relacionadas, Vid. J.M SOUVIRON MORENILLA: La configuración jurídica de las profesiones tituladas, cit., epígrafe III-II, Régimen de la profesiones objeto de Directivas específicas, pp. 201-253.

⁵⁶ El artículo 57.3 del TCEE señala: "En cuanto a las profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas la progresiva suspensión de las restricciones quedará subordinada a la coordinación de las condiciones exigidas para su ejercicio en los diferentes Estados miembros". Lo que supone la fáctica no aplicación de las disposiciones del Tratado a estos profesionales. Vid. A. BAENA DEL ALCAZAR: La Libre Circulación de profesionales en Europa y su incidencia en España, cit., p. 41. Vid. ítem, G.C RODRIGUEZ IGLESIAS: "La libre circulación de los abogados y los médicos en la Comunidad Europea. Problemas actuales", en «RIE», 1977, pp 83-90; G. PICAÑOL ROIG: "La libertad de establecimiento y prestación de servicios de las profesiones médicas en la CEE", en«RIE», 1983, pp. 509-528.

⁵⁷ Conjunto normativo que confirma la tesis de la profesión titulada como instituto de configuración legal, sin menoscabo de la profesión como noción social, problemática objeto de la doctrina del Tribunal Constitucional: "...el ejercicio de las profesiones tituladas a las que se refiere el art. 36 CE y cuya simple existencia (esto es, el condicionamiento de determinadas actividades a la posesión de concretos títulos académicos, protegidos incluso penalmente contra

El largo espacio temporal que ha implicado la aprobación de estas Directivas sectoriales nos muestra que el proceso de aprobación de normas para otras profesiones va a ser lento, condicionado por la problemática que presentan los intereses en juego defendidos por los colectivos nacionales, y por la homologación de los diferentes programas de estudios y prácticas en cada Estado Miembro.

El sistema seguido por la Comunidad en sus Directivas, excepción hecha de los Abogados, ha sido uniforme, y en líneas generales es el siguiente: se aprueban a la vez dos Directivas para cada profesión, la primera versa sobre reconocimiento mutuo de títulos y diplomas y contiene

el instruismo) es impensable sin la existencia de una ley que discipline y regule su ejercicio. Es claro que la regulación de estas profesiones en virtud de este mandato legal, está expresamente reservada a la ley..."(Fto. Jco. 3ª de la STC 83/1984, 24 de julio, Magistrado Ponente: Sr. RUBIO LLORENTE; "Conviene, por ello, centrarse en la primera parte del artículo 36 de la Constitución que contiene fundamentalmente una reserva de ley en punto al establecimiento del régimen jurídico de los colegios profesionales y al ejercicio de la profesiones tituladas. La garantía de las libertades y derechos de los ciudadanos consiste en que esta materia sea regulada por el legislador, que no encuentra, como es obvio, otros límites que los derivados del resto de los preceptos de la Constitución y, principalmente, de los derechos fundamentales. Compete, pues, al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuando existe una profesión, cuando esta profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser una profesión titulada, estos es, profesión para cuyo ejercicio se requiere títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia. Por ello, dentro de las coordenadas que anteriormente se han mencionado, puede el legislador crear nuevas profesiones y regular su ejercicio, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que el ejercicio de una profesión titulada debe inspirarse en el criterio del interés público y tener como límite el respeto del contenido esencial de la libertad profesional"(Fto. Jco 1ª, in fine, de la STC 42/1986, de 10 de abril. Magistrado Ponente: Sr. DIEZ PICAZO). Al respecto Vid. J.M SOUVIRON MORENILLA: La configuración legal de las profesiones tituladas, cit., p. 18 y pp. 42-78, con el contenido de ambas Sentencias y el análisis de la problemática de las competencias legislativas regionales y de la colegiación.

además medidas para facilitar el Derecho de Establecimiento y la Libre Prestación de Servicios⁵⁸, la segunda suele llevar un título que se refiere a la convalidación de disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas que afecten a la profesión, pero, en realidad, su contenido sólo se refiere a la formación, es decir estipulan cuales son las materias que se han de estudiar, durante cuantas horas y como han de ser distribuidas las enseñanzas teóricas y prácticas⁵⁹.

⁵⁸ Esta primera Directiva que suelen denominarse de forma genérica como 'medidas para facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y libre prestación de servicio', suelen estar dividida en tres partes, en la primera se regula los títulos objeto de reconocimiento mutuo, la segunda regula los derechos adquiridos por los profesionales que se encuentran ya ejerciendo pero cuyos estudios realizados hace años no reúnen las condiciones académicas que se exigen en la actualidad y, como tercera y última parte, se refieren a las condiciones de acceso a la profesión y su ejercicio distintas de la formación y de la titulación, diferenciando entre establecimiento y prestación de servicios (salvo en el caso de los farmacéuticos que solo regula el Derecho de Establecimiento y de los abogados que afecta exclusivamente a la Libre Prestación de Servicios). Estas Directivas no suelen hacer referencia a la idea de coordinación en las condiciones de acceso y ejercicio. Su contenido habitualmente hace referencia a las condiciones generales y no entran en detalle de las muchas condiciones concretas exigidas por la legislación sectorial de los Estados para el ejercicio de cada una de las profesiones. Muestra de este último aspecto se encuentra en la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 25 de febrero de 1988 (Comisión/Alemania 427/85), en la que el Tribunal, en recurso presentado por la Comisión contra Alemania, aprecia que este Estado no cumple el fin de la Directiva "dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios de los Abogados", al imponer a los Abogados comunitarios que presten sus servicios en ese Estado una serie de condiciones que hace prácticamente imposible el ejercicio de su profesión, Vid en este sentido M.C. APRELL LASAGABASTER: "Libre Prestación de Servicios por lo Abogados. Regla de exclusividad territorial. Comentario a la Sentencia del TJCE de 25 de febrero de 1988, causa 427/85", en «RIE». 1988, nº2, pp. 501-517.

⁵⁹ Directivas que han sido incorporadas al Ordenamiento español: R.D. 607/1986, de 21 de marzo (BOE 1 de abril) relativa a la Libre Prestación de Servicios por Abogados; R.D. 1081/1989, de 26 de agosto (BOE 7 de septiembre), relativa al reconocimiento de certificados y diplomas y otros títulos de Arquitecto de los Estados Miembros para el ejercicio

Estas Directivas presentan además una importante particularidad, ya que su aplicación supone una desviación de la idea original del Tratado, efectivamente, en principio, la Libre Circulación de Profesionales afecta exclusivamente a nacionales comunitarios que ejercen el Derecho de Establecimiento y la Libre Prestación de Servicios, es decir que actúan como profesionales liberales, no asalariados; sin embargo, dado que en la actualidad un gran número de estos profesionales ejercen su actividad de forma asalariada (en muchas de ellas, como son la profesiones médicas y paramédicas, asalariados del Estado), se consideró necesario por parte de las Instituciones Comunitarias extender la aplicación de su contenido a estos profesionales cuando realizan su trabajo de forma asalariada, al considerar que las normas sobre Libre Circulación de Tr efectivo del Derecho de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios; R.D. 1667/1989, de 22 de diciembre (BOE 4 de enero de 1990), por el que se regula el reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos de Farmacia de los Estados Miembros y el ejercicio efectivo del Derecho de Establecimiento; R.D. 1691/1989, de 29 de diciembre (BOE 15 de enero de 1990), por el que se regula el reconocimiento de diplomas y certificados de Médico y de Médico especialista de los Estados Miembros y el ejercicio efectivo del Derecho de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios; R.D. 305/1990, de 23 de febrero, (BOE 7 de marzo) sobre reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos de Enfermero de los Estados Miembros, y el ejercicio efectivo del Derecho de Establecimiento y la Libre Prestación de Servicios; R.D. 331/1989, de 17 de marzo (BOE 5 de abril), por el que se regula el reconocimiento de títulos, diplomas y certificados de Veterinario de otros Estados Miembros y el ejercicio efectivo del Derecho de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios y que ha sido completado por el R.D. 335/1992, de 3 de abril (BOE 28 de abril), que introduce modificaciones técnicas y protege derechos adquiridos; R.D. 1017/1989, de 28 de junio (BOE 29 de junio) por el que se regula el reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos de Matrona de los Estado Miembros para el ejercicio efectivo del Derecho de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios; R.D. 675/1992, de 19 de junio (BOE 25 de julio), por el que se regula el reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos de odontólogo de los Estados Miembros, así como el efectivo Derecho de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios.

bajadores no son instrumento suficiente para protegerles, forzando de este modo el texto del Tratado de Roma, para ello invocan el artículo 235 del Tratado que opera como una cláusula general que permite a la autoridades comunitarias tomar toda clase de medidas para la obtención de los fines generales⁶⁰.

Un nuevo futuro se abre para las denominadas profesiones liberales y para cualquier profesión en general, en el marco de la Comunidad con la publicación de la Directiva 48/89, de 21 de diciembre de 1988⁶¹,

⁶⁰ Aplicación declarada en el artículo 24 y justificada en el último párrafo de la exposición de motivos de la Directiva 75/362 para médicos: " Considerando que en lo que se refiere a las actividades asalariadas del médico, el reglamento CEC nº 1612/68 del Consejo del 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad no incluye disposiciones específicas para las profesiones reglamentadas en materia de moralidad y honorabilidad, de disciplina profesional y de titulación; que, según los Estados Miembros, las reglamentaciones en cuestión son o pueden ser aplicables tanto a los asalariados como a los no asalariados; que las actividades del médico esta subordinadas en todos los Estado Miembros a la posesión de un diploma, certificado u otro título de médico; que estas actividades son ejercidas tanto por personas independientes como por asalariados e incluso alternativa- mente en calidad de asalariado y no asalariado por la misma persona a lo largo de su carrera profesional; que para favorecer plenamente la libre circulación de estos profesionales en el seno de la comunidad parece necesario en consecuencia extender a los médicos asalariados la aplicación de la presente directiva". Párrafo que es incluido en las exposiciones de motivos de las demas Directivas que afectan a profesionales liberales -que tambien incluyen un artículo específico por el que extienden la aplicación de cada directiva a los profesionales asalariados-, excepción hecha de la Directiva 77/249, de 22 de marzo de 1977, que afecta a los abogados, dado que solo regula la Libre Prestación de Servicios de estos profesionales, sin embargo el artículo 6 de esta Directiva permite a cada Estado Miembro excluir a los abogados asalariados, "vinculados por un contrato a una empresa pública o privada, del ejercicio de actividades de representación y defensa en justicia de esta empresa en la medida en que los abogados estable- cidos en el Estado no estén autorizados a ejercerla", que si bien no es una declaración expresa, permite deducir que la Directiva no lo excluye y que es potestativo de cada Estado Miembro

⁶¹ D O L 19 24.1.89.

"relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años", que a más tardar, en el plazo de dos años, a contar desde su notificación, el 4 de enero de 1989, ha debido de ser adoptada por los Estados Miembros. Directiva que se enmarcan en la Acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 de artículo 48 del Tratado, es decir de empleo en la Administración Pública, así como en el interés de facilitar a los ciudadanos comunitarios el ejercicio de todas las actividades profesionales en los Estados Miembros de acogida que exijan estar en posesión de una formación postsecundaria, siempre y cuando estén en posesión de títulos que les capaciten para ejercer dichas actividades, al considerar que el número de disposiciones adoptadas hasta ahora por el Consejo afectan a pocas profesiones.

Con objeto de conseguir los fines señalados y teniendo en cuenta las diferentes realidades sociológicas nacionales, la Directiva establece las directrices necesarias para llevar a buen fin el reconocimiento de títulos de enseñanza superior, para ello determina que se considerará, a efectos de esta Directiva, como título, profesión regulada, actividad profesional, experiencia profesional, período de prácticas y prueba de aptitud.

Señala en directa conexión con las Directivas sobre profesiones liberales aprobadas con anterioridad que el contenido de la Directiva se aplicará a todos los nacionales de un Estado Miembro que se propongan ejercer, por cuenta propia como ajena, una profesión regulada en un Estado Miembro de acogida, exceptuando de su ámbito de aplicación a aquellas profesiones que ya han sido objeto de una Directiva específica.

La Directiva establece en que condiciones han de reconocerse los títulos de los solicitantes, así como las pruebas relativas a la honorabilidad, moralidad o ausencia de quiebra cuando sean necesarias para el

ejercicio de la profesión en el Estado de acogida y, permite a los Estados Miembros que exijan, la acreditación de una experiencia profesional determinada cuando la duración de la formación en que se basa la solicitud sea inferior al menos en un año a la exigida en el Estado Miembro de acogida, o bien que impongan un periodo de prácticas de una duración máxima de tres años, que podrá ser sustituida por una prueba de aptitud, a elección del solicitante, aunque en el caso de que "el ejercicio de la profesión exija un conocimiento preciso del derecho nacional y en las cuales un elemento esencial y constante del ejercicio de la actividad profesional sea la asesoría y/o asistencias relativas al derecho nacional, el Estado Miembro de acogida podrá, como excepción a este principio, exigir bien un periodo de prácticas, bien una prueba de aptitud", no pudiendo, en ningún caso, exigir de forma acumulativa la acreditación de una experiencia profesional y la realización de un periodo de prácticas o prueba de aptitud.

En cumplimiento de lo establecido en la Directiva 48/89 y dentro del plazo previsto en la misma, el Estado Español, mediante Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre⁶², ha establecido las normas de transposición que permiten suprimir los obstáculos para la libre circulación de nacionales comunitarios que pretendan ejercer en España, tanto por cuenta ajena como propia, una profesión regulada para la que se requiera una formación superior mínima de tres años, entendiendo como profesión titulada, la actividad o conjunto de actividades profesionales para cuyo acceso, ejercicio o alguna de sus modalidades de ejercicio se exija directa o indirectamente un título y constituyan una profesión en un Estado Miembro⁶³.

⁶² BOE de 22 de noviembre, El Real Decreto entró en vigor, según establece su Disposición Adicional Cuarta, el día siguiente de su publicación.

⁶³ Art. 1 b) del RD. 1665/1991, excepción hecha de las profesiones que hayan sido

A tal efecto, el Real Decreto 1665/1991, establece la relación de profesiones reguladas en el Estado Español⁶⁴ y la relación de profesiones que exigen un especial conocimiento del Derecho español, a las que, en consecuencia, se exige una prueba de aptitud para su ejercicio en España⁶⁵, así como el procedimiento de verificación, que no podrá durar más de cuatro meses. Regula la adecuación de los títulos, certificaciones o diplomas expedidos a los nacionales de Estados Miembros con los títulos que permiten en España el acceso a las profesiones reguladas⁶⁶, especifica los requisitos y precisa los órganos competentes para el desarrollo de las pruebas de aptitud necesarias para el ejercicio de pro-

objeto de una Directiva que establezca entre los Estados Miembros un reconocimiento mutuo de títulos, que la propia Directiva 48/89, excluye de su ámbito de aplicación.

⁶⁴ Anexo I: Relación de Profesiones reguladas en España: Sector Jurídico, Contable y Económico: Abogado, Procurador, Graduado Social, Economista, Actuario de Seguros, Diplomado en Ciencias Empresariales y Profesor Mercantil, Agente de la Propiedad Inmobiliaria, Auditor de Cuentas, Habilitado de Clases Pasivas y Gestor Administrativo. Sector Sanitario: Enfermero Generalista con especialización, excepto en la especialidad obstétrico-ginecológica, Fisioterapeuta, Optico, Podólogo y Psicólogo. Sector Técnico: Biólogo, Físico, Geólogo, Químico, Ingeniero Aeronáutico, Ingeniero Agrónomo, Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, Ingeniero Industrial, Ingeniero de Minas, Ingeniero de Montes, Ingeniero Naval, Ingeniero de Telecomunicaciones, Ingeniero técnico aeronáutico, Ingeniero técnico, agrícola, Ingeniero técnico de obras públicas, Ingeniero técnico industrial, Ingeniero técnico de minas, Ingeniero técnico forestal, Ingeniero técnico naval, Ingeniero técnico de telecomunicaciones, Ingeniero técnico en topografía, Arquitecto técnico. Sector Cultural: Maestro, Profesor de Educación Secundaria, Profesor de Universidad, Profesor de Escuelas de Turismo, Sector varios: Diplomado en Trabajo Social.

⁶⁵ Anexo II. Relación de profesiones para cuyo ejercicio se exige un conocimiento preciso de derecho nacional y que requiere prueba de aptitud: Abogado, Procurador, Graduado Social y Auditor de Cuentas.

⁶⁶ Arts 8,9 y 10. RD 1665/1991.

fesiones que exijan especiales conocimientos de Derecho Español⁶⁷ y el periodo de prácticas, que será exigido o bien sustituido por una prueba de aptitud, cuando la "formación recibida comprenda materias sustancialmente diferentes de las cubiertas por el título español requerido o cuando la correspondiente profesión abarque en España una o varias actividades profesionales que no existan en esta misma profesión en el país de origen, y esta diferencia se caracterice por una formación específica exigida por las disposiciones vigentes españolas aplicables, y se refiera a materias sustancialmente diferentes de las cubiertas por los títulos que presenta el nacional comunitario solicitante"⁶⁸, tenor que, por sí mismo, es elecuente de las dificultades que plantea la efectiva articulación de un mercado profesional y la relativización que produce sobre los efectos reales de la ciudadanía europea.

D) -Limitaciones al ejercicio de la Libre Circulación de trabajadores, Derecho de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios.

El Tratado de Roma admite quebrantar el principio de igualdad de trato con los nacionales, siempre y cuando, la instauración de regímenes especiales quede justificada por razones de orden público, seguridad pública y sanidad pública, conforme a lo previsto en su artículo 56.⁶⁹

⁶⁷ Arts 5 a) y 6 del R.D. 1665/1991.

⁶⁸ Arts. 5 b) y 7 del R.D. 1665 /1991.

⁶⁹ El artículo 56 del TCE se refiere en exclusiva a los nacionales comunitarios que ejerzan el Derecho de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios, si bien el art. 48 hace referencia a las limitaciones en razón de motivos de orden público, seguridad pública y sanidad pública, la Directiva 64/221, de 25 de febrero extiende la aplicación de la excepción por motivos de orden público, seguridad pública y sanidad pública a los nacionales que ejerzan el

Esta limitación se configura, en cierta manera, como una cláusula de salvaguarda permanente, que reserva a cada Estado Miembro el poder para dotar de contenido aquellas nociones, sin que ello suponga que no puedan ser objeto de una interpretación común por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad, dado que su contenido no podrá ser determinado unilateralmente por cada Estado Miembro sin control de la Comunidad⁷⁰. Con la finalidad de limitar las facultades de los Estados Miembros en este aspecto, se dictó la Directiva 64/221/CEE, para "la coordinación de las medidas especiales para extranjeros en materia de desplazamiento y residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad pública y salud pública", cuyo estudio será objeto de posterior consideración.

2º.- Aplicación en España de las normas comunitarias sobre Libre Circulación de trabajadores, Derecho de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios.

En cumplimiento de la obligaciones impuestas por el Tratado de Adhesión, el Real Decreto 1099/1986 de 26 de mayo, desarrolló las disposiciones referentes a la Libre Circulación de los ciudadanos comunitarios, el derecho de establecimiento la libre prestación de servicios y la libre circulación de trabajadores y a sus respectivas familias. Por otra parte, la Directiva 72/194, de 18 de mayo, DO L 121 26.05.72. p. 32 (EE 05 V2 p.6) extiende la aplicación de la Directiva 64/221 a los ciudadanos comunitarios que hayan adquirido el Derecho a residir de forma permanente en el territorio y las Directivas 90/364, 90/365 y 90/366,(DOCE L 180, DE 13.07.90) extienden su aplicación a los nacionales comunitarios, que ejerzan o pretendan ejercer el Derecho a residir sin realizar actividad lucrativa y a los estudiantes comunitarios.

⁷⁰ Cfr. D. VIGNES: "Le droit d'établissement et la libre prestation de services", en J. MEGRET y otros: Le Droit de la Communauté Economique Européenne, cit. p. 100.

nitarios⁷¹ que pretendieran realizar una actividad lucrativa asalariada o por cuenta propia o prestar o recibir servicios en España, en explícito desarrollo de lo dispuesto en los artículos 48, 52 y 59 del Tratado de Roma, que reconocen la Libre Circulación de Trabajadores, el Derecho de Establecimiento y la Libre Prestación de Servicios⁷².

La Libre Circulación de trabajadores, en virtud a lo previsto en el artículo 56 del Tratado de Adhesión de España a la Comunidades, quedaba suspendida durante el periodo transitorio de adaptación⁷³, cuya finalización estaba prevista para el 31 de diciembre de 1992, excepto para Luxemburgo que veía ampliada la suspensión hasta el 31 de diciembre de 1994⁷⁴, previsión relativa al periodo transitorio que fue adelantada al

⁷¹ Terminología incorrecta, según señala J.L. IGLESIAS BUHIGUES: "Entrada, permanencia y trabajo de nacionales de Estados miembros de la Comunidad Europea" en «LA LEY» de 31 de diciembre de 1986, Suplemento Comunidades Europeas, pp. 1, ya que, en nuestro Derecho, el término ciudadano "no tiene la significación jurídica que se pretende atribuir en el Real Decreto: el vínculo jurídico o status que une a una persona con un Estado es la nacionalidad, y, por consiguiente, el concepto adecuado es el de «nacional»"

⁷² Desarrollados por el Reglamento CEE 1612/68 y la Directiva 73/148/CEE.

⁷³ El artículo 56 del Acta de Adhesión suspende la aplicación de los arts. 1 a 6 del Reglamento CEE 1612/1968 relativo a la Libre Circulación de trabajadores, durante el periodo transitorio de adaptación. Periodo transitorio que no es exclusivo del caso español, sino que es habitual tras cada ampliación de la Comunidad. Vid. CH. NGUYEN VAN YEN: Droit de l'immigration, cit., pp. 201.

⁷⁴ Con base en el artículo 56 del Tratado de Adhesión, que suspendía la Libre Circulación de trabajadores asalariados, el R.D. 1099/1986, establecía en su Capítulo III el Régimen Especial Transitorio para trabajadores asalariados ciudadanos comunitarios, que se limitaba a la extensión de un permiso de residencia y trabajo válido por cinco años y sin limitación en razón del territorio, sector o actividad profesional, para los ciudadanos comunitarios, que estuvieran trabajando regularmente en España en la fecha de adhesión y para los trabajadores que fueran autorizados para ocupar un empleo permanente o por tiempo

31 de diciembre de 1991, y para el caso de Luxemburgo al 31 de diciembre de 1992, por el Consejo de las Comunidades Europeas⁷⁵; mediante el Reglamento 2194/1991, de 25 de junio⁷⁶. Este adelanto en la previsiones establecidas en el Tratado de Adhesión y la aprobación por el Consejo de las Directivas 90/364, relativa al derecho de residencia; 90/365, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer una actividad profesional, y 90/366, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, todas ellas de 28 de junio de 1990, y cuyas disposiciones debían de ser incorporadas al Derecho interno antes del 30 de junio de 1992, han motivado la aprobación por el Gobierno español del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio⁷⁷, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados Miembros de las Comunidades Europeas, que especifica las formalidades administrativas para el ejercicio de los derecho de entrada, salida, circulación, permanencia y trabajo de los nacionales comunitarios en España, así como las medidas que les serán aplicables por razones de orden público, seguridad pública y sanidad superior aun año, así como a sus familiares.

⁷⁵ Adelanto en las previsiones adoptado conforme al nº 2 del artículo 56 del Acta de Adhesión de España a las Comunidades.

⁷⁶ Reglamento CEE nº 2194/91 del Consejo, de 25 de junio, relativo al período transitorio aplicable a la libre circulación de trabajadores en España y Portugal por una parte y los otros Estados Miembros por otra. (DOCE L 206 29.07.91).

⁷⁷ R.D. 766/1992, que deroga el el R.D. 1099/1986, y que ha sido aprobado previo informe favorable de la Comisión Interministerial de Extranjería, en cumplimiento de la función de coordinación encomendada a la misma por el Real Decreto 511/1992, de 14 de mayo.

pública, cuyo estudio nos permite valorar el desarrollo por el Estado Español de las medidas necesarias para poner en vigor las disposiciones comunitarias, relativas a la Libre Circulación de las Personas en el seno de la Comunidad.

A) -La desigualdad en el acceso al trabajo prevista en el artículo 35 de la Constitución y el principio de no discriminación.

La finalización del periodo transitorio en lo que se refiere al ejercicio de la Libre Circulación de trabajadores, supone la plena incorporación a nuestro derecho interno de las libertades personales previstas en el Tratado de Roma: la Libre Circulación de trabajadores, el Derecho de Establecimiento y la Libre Prestación de Servicios, a las que conforme a la normativa comunitaria y doctrina jurisprudencial que las desarrolla, no podrá oponerse discriminación alguna para su ejercicio en razón de la nacionalidad, con excepción de las limitaciones al empleo en las Administraciones Públicas.

Es importante señalar las consecuencias de este principio de no discriminación en el acceso al trabajo recogido en el Ordenamiento Comunitario, efectivamente, nuestra Constitución, en su artículo 35, reconoce exclusivamente a los españoles el Derecho al Trabajo, lo que significa, según señala el Tribunal Constitucional en Sentencia de 24 de noviembre de 1984, que "constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros ... y los españoles en materia de acceso al trabajo y no existe tratado que así lo imponga... La desigualdad resultante en relación a los españoles no es, en consecuencia, inconstitucional, y no porque se encuentre justificada en razones atendibles, sino, más sencillamente, porque esta materia nada exige que deba existir

igualdad de trato"⁷⁸.

Conforme a la doctrina transcrita, se deduce que, a partir de la incorporación de España a la Comunidad y la consecuente incorporación del Derecho Comunitario en nuestro Ordenamiento Jurídico, una vez finalizado el periodo transitorio, ya existe Tratado y Ley interna, vinculante para España, que impone la igualdad de trato en acceso al empleo de trabajadores comunitarios⁷⁹, a los que, por lo tanto, no se podrá someter al régimen de autorización previa, previsto en la normativa española para los extranjeros, que será tan sólo aplicable a los nacionales de Terceros Estados.

B) -La ampliación del Derecho de Residencia y sus consecuencias sobre el principio de Libre Circulación de las Personas.

El hecho de que las libertades personales (de trabajo, establecimiento y servicios) en el ámbito de Tratado de Roma -en contraposición con la libertad de circulación de mercancías y capitales- estuvieran definidas en relación con algo tan fluido como son las conductas y las personas, aún con la cualificación de que estas conductas debían

⁷⁸ Fto. Jco 4º de la STC 107/1984, cit.

⁷⁹ Vid. F.L NAVARRO NIETO: "La incidencia en el Ordenamiento Jurídico Español del principio comunitario de igualdad de trato en el acceso al empleo", en V Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, celebradas en Sevilla el 15 y 16 de diciembre de 1986: Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea, p.487; Vid. en el mismo sentido, F. DURAN LOPEZ : La libertad de circulación y de establecimiento en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE, cit., p. 44.

consistir en actividades económicas, ha permitido el desarrollo progresivo de la Libertad de Circulación de Personas en el ámbito de la Comunidad, pues dicha cualificación ofrecía una certeza delimitadora cuya consistencia podía ser diluída prácticamente hasta la nada, dado que toda actividad económica, que no fuera intercambio de mercancías o movimiento de capitales permitía ser englobado dentro de las libertades personales. Esta configuración de las libertades personales permite, a su vez, que los límites entre lo que es un derecho o libertad comunitaria y lo que no es, puedan ser cada vez más borrosos. En estas circunstancias, y con el elemento clave de separación el carácter intracomunitario (interestatal) o interno (intraestatal) de las actividades en juego, el desarrollo progresivo de la Comunidad, ha permitido que las relaciones sociales estén cada vez menos confinadas en el ámbito interno de cada Estado Miembro, y que las libertades personales están sometidas a un proceso de continua expansión⁸⁰.

Este proceso expansivo, cuyo desarrollo se debe a dos razones, por un lado, al progresivo abandono de la visión economicista del Tratado, que dejaba relegadas a un segundo plano las libertades personales (de trabajo, establecimiento y servicios), y por otro, a la creciente operatividad del Tribunal de Justicia de la Comunidad, ha hecho posible una interpretación amplia y sin recortes de estas libertades personales⁸¹, que ha sentado las bases para una ampliación del Derecho de residencia en un Estado Miembro distinto del propio de los nacionales

⁸⁰ Vid. al respecto I. BORRAJO INIESTA: "Las libertades de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma", en Tratado de Derecho Comunitario Europeo, cit., t. II, p. 150.

⁸¹ Vid. I. BORRAJO INIESTA: "Las libertades de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma", en Tratado de Derecho Comunitario Europeo, cit., t. II, p. 151.

comunitarios que no ejerzan ningún tipo de actividad económica, que era considerado esencial por las Instituciones comunitarias, para conseguir el efectivo logro de la Libre Circulación de Personas en el horizonte de la Unión Europea.

Con esta visión como meta futura, en 1979, la Comisión presentó al Consejo una Propuesta de Directiva relativa a la ampliación del Derecho de Libre Circulación de todo nacional comunitario independientemente de que vaya a ejercer o no una actividad económica⁸². Esta Propuesta de Directiva no fue, sin embargo, aceptada por el Consejo dado que algunos Estados Miembros se oponían a ello, sin embargo, es preciso señalar, que el Consejo era consciente de la importancia y necesidad de esta ampliación, como lo demuestra el hecho de que fuera discutida 61 veces en su seno, en el periodo de 1979 a 1989, siendo todas ellas rechazada por Dinamarca, Holanda y Grecia, que se oponían a una extensión generalizada de este Derecho de residencia a todo nacional comunitario, estando España, desde su incorporación a la Comunidad, a la cabeza de los Estados Miembros que defendían su adopción, por considerarlo beneficioso para España, dado que facilitaba la residencia en territorio español de nacionales comunitarios jubilados y rentistas a los que podía atraer nuestro país como lugar de residencia. Finalmente, ante la reiterada negativa al reconocimiento de un Derecho de residencia generalizado, el Comisario alemán Bangeman, retiró la Directiva en mayo 1989, con el objeto de fraccionarla y presentar una serie de Propuestas de Directivas que reconocieran este Derecho de residencia a sectores concretos de nacionales comunitarios, en un intento de salvar las

⁸² Según señala la propia Comisión en respuesta a la pregunta presentada por la parlamentaria europea Sra. BEATE WEBER, vid. "Documentation Communautés Européennes", en «RCDIP», 1985, p. 181.

diferencias producidas en el seno del Consejo⁸³.

Estas Propuestas de Directiva fueron aceptadas por el Consejo, que aprobó el 28 de junio de 1990, las Directivas 90/364/CEE, relativa al Derecho de residencia; 90/365/CEE, relativa al Derecho de residencia a los trabajadores comunitarios por cuenta ajena o por cuenta propia, que hayan dejado de ejercer una actividad profesional⁸⁴ y 90/366/CEE relativa al Derecho de residencia de los estudiantes comunitarios⁸⁵ y que reconocen el Derecho de residencia para los colectivos de nacionales comunitarios mencionados. Directivas, en las que es preciso resaltar, se exige el cumplimiento de una serie de condiciones económicas y administrativas por parte de los nacionales comunitarios para poder

⁸³ Propuestas de Directivas relativas 1ª) al Derecho de residencia de estudiantes; 2ª) Derecho de residencia de trabajadores por cuenta propia o ajena que hayan dejado de ejercer una actividad profesional y 3ª) Derecho de residencia para las demás personas "no activas". (DOCE C 191, de 28.7.89).

⁸⁴ Con anterioridad a esta Directiva, era reconocido el derecho a residir de forma permanente en el territorio de un Estado Miembro, a aquellos nacionales comunitarios que hubieran desarrollado su actividad económica en ese mismo Estado Miembro, en virtud del Reglamento de la Comisión 1251/1970, de 29 de junio.

⁸⁵ Las tres Directivas en DOCE L 180 de 13.7.90. El Tribunal de Justicia de la Comunidad, en Sentencia de 7 de julio de 1992, Asunto C 295/90; Parlamento Europeo c/ Consejo de la Comunidades Europeas (DOCE C 189 de 28.07.92), ha anulado la Directiva 90/366/CEE, relativa al Derecho de residencia de los estudiantes, aunque mantiene en vigor los efectos de la Directiva anulada hasta la entrada en vigor de una Directiva adoptada con la base jurídica apropiada. De momento desconocemos en texto íntegro de la Sentencia, hasta que sea publicada en la Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sin embargo, podemos adelantar, que habiendo sido presentada la demanda para anulación de la Directiva por el Parlamento Europeo, apoyado por la Comisión contra el Consejo de las Comunidades, apoyado por Gran Bretaña, la nueva Directiva a adoptar tiene que tener unos efectos más amplios.

ejercer el Derecho de residencia⁸⁶ y frente al que el Estado Miembro de acogida puede oponer razones de seguridad u orden público tanto para negarlo como para expulsar al nacional comunitario titular del mismo⁸⁷, lo que viene a significar, que no se reconoce el Derecho de residencia como el que puede tener cada nacional comunitario en su propio Estado Miembro de origen, y frente al que su Estado no puede oponer para negárselo, su falta de medios económicos o sus actividades, sino un Derecho de residencia sujeto a condiciones y límites para su ejercicio.

Con la aprobación de esta Directivas sobre Derecho de residencia de los nacionales comunitarios, se puede considerar materialmente cerrado el reconocimiento de la Libre Circulación de Personas en el seno de Comunidad, iniciado al establecer el Tratado de Roma, las Libertades de Circulación de Trabajadores, Establecimiento y Prestación de Servicios de los nacionales comunitarios que pretendieran realizar una actividad económica en un Estado Miembro distinto del propio, si bien es preciso para la conclusión total del proceso, que se produzca la apertura de las fronteras interiores, mediante la supresión de los controles fronterizos, que como ya señalamos, ha sido postpuesta a principios de 1995 para la Comunidad en su conjunto, aunque será aplicada por los Estados Parte del Acuerdo de Schengen, con anterioridad, en las fronteras interiores a su espacio común, si bien esta apertura de fronteras interiores, es casi una realidad para los nacionales comunitarios, por lo menos en España, donde son asimilados a los españoles, para la labor de identificación y control de acceso al territorio español⁸⁸.

⁸⁶ Arts. 1 y 2.1 de las Directivas 90/364/CEE, 90/365/CEE y 90/366/CEE.

⁸⁷ Arts. 2.2 de las Directivas 90/364/CEE, 90/365/CEE y 90/366/CEE..

⁸⁸ Punto 5 de la Orden de 22 de febrero de 1989, sobre acreditación de medios económicos, por parte de los extranjeros que pretendan entrar en España, que establece: "A

La aprobación de estas Directivas supone, en realidad, la virtual puesta en práctica de las propuestas contenidas en el Proyecto de Tratado de la Unión Europea, que en base al establecimiento de una ciudadanía común de la Unión, reconocen el Derecho de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados Miembros, pues si bien el artículo 6 c) del Proyecto, introduce un nuevo artículo 8A al Tratado de Roma⁸⁹, que reconoce el Derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros, este artículo también señala que este Derecho estará sujeto "a las efectos de facilitar la aplicación de las normas de la presente Orden, siempre que sea posible, se efectuarán de forma separada, en los puertos aeropuertos y fronteras, los controles relativos a la entrada en España de españoles y ciudadanos de países miembros de la Comunidades Europeas". Como ya señalamos, no todos los Estados Miembros aplican una política de total asimilación a sus nacionales de los nacionales comunitarios, en lo que respecta a las condiciones de entrada en su territorio, así Holanda, estimaba que sólo eran aplicables las normas comunitarias para la entrada en su territorio a los nacionales que fueran a desarrollar una actividad profesional, amparada por la Libre Circulación de trabajadores, el Derecho de Establecimiento y la Libre Prestación de Servicios, por lo que se consideraba competente para preguntar a los nacionales comunitarios que pretendían acceder a su territorio, por el objeto de su viaje, duración del mismo y los medios económicos con que contaba, o si iba a desarrollar una actividad lucrativa, haciendo depender la entrada de su respuesta; situación que ha sido rechazada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad, en Sentencia de 30 de mayo de 1991 (Comisión/Paises Bajos), que ha señalado que a la exigencia de documento identificativo personal, no se puede unir ninguna otra con la que se pretenda confirmar que el viajero sea un nacional comunitario que pretenda desarrollar un actividad profesional, sin embargo, es preciso señalar que la Sentencia no prejuzga los posibles controles de equipaje y la posibilidad de realizar interrogatorios aduaneros cuando existan razones de orden público, seguridad pública y salud pública.

⁸⁹ Vid. Tratado de la Unión Europea, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo 1992, pp. 152 y en Serie Minor, Ed, Civitas, Madrid 1992, con Introducción de R. ALONSO GARICA, p. 16-18.

limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación", con lo cual se viene a señalar, que el Derecho de libre residencia podrá ser parcialmente limitado, y por lo tanto, aunque se reconoce con carácter general este Derecho a todo ciudadano comunitario, su ejercicio estará sometido a límites y condiciones, que con toda probabilidad no podrán ser ni más amplios ni más restringidos, que los establecidos por las Directivas mencionadas, dado que los Estados Miembros conservan su soberanía nacional, por lo que podrán ejercer su competencia, en base al Derecho de conservación del Estado, para ordenar el rechazo y la expulsión de extranjeros, nacionales comunitarios, por razones de seguridad y orden público, aunque sometida a los límites previstos por el Ordenamiento comunitario.

En conclusión, podemos señalar, que la aportación más significativa del Proyecto del Tratado de la Unión en lo que se refiere al Derecho de libre circulación y residencia, es su efectivo reconocimiento a todo nacional comunitario, lo que en consecuencia supone una modulación, conforme a lo previsto en el artículo 13.1 de la Constitución del contenido del artículo 19 de la Norma Constitucional, que reconoce de modo exclusivo este Derecho a los españoles, modulación, que no implica, sin embargo, la total neutralización del contenido de este artículo, pues los nacionales comunitarios, no son totalmente equiparados a los españoles, dado que el Derecho de residencia que les es reconocido podrá estar sujeto a límites y condiciones para su ejercicio, si bien, con la importante precisión de que estos límites serán los establecidos por el Ordenamiento Comunitario y no por el Estado español. Con ello, se configura un estatuto intermedio, entre los españoles, que tienen plenamente reconocida la titularidad y el ejercicio de este Derecho, y los extranjeros, nacionales de Terceros Estados, que, en principio, no tienen

reconocido ni la titularidad ni el ejercicio, si bien la modulación, por los Tratados y la Ley de Extranjería, permite su reconocimiento para estos extranjeros, siempre y cuando cumplan las condiciones y requisitos exigidos por el Ordenamiento Español.

C)- Ambito subjetivo de aplicación del Principio de Libre Circulación de Personas.

Como consecuencia del reconocimiento del Derecho de residencia por las Directivas 90/364, 90/365 y 90/366, se ha ampliado, de modo considerable, el ámbito subjetivo de aplicación de la Libre Circulación de Personas, que ya no se limita a los nacionales comunitarios, que desarrollen una actividad lucrativa en España, y a los miembros de su familia, sino que también se hace extensiva a los nacionales comunitarios, que deseen residir en un Estado Miembro distinto del propio, sin realizar ningún tipo de actividad lucrativa y a sus familiares, siempre y cuando cuenten con los medios económicos suficientes para subvencionar su permanencia.

En consecuencia, las disposiciones contenidas en el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, que aplican y desarrollan en España la normativa comunitaria relativa a la entrada y permanencia de los nacionales comunitarios, tienen como ámbito subjetivo de aplicación:

1.- El nacional comunitario que pretenda desarrollar cualquier clase de actividad económica en España⁹⁰, quien podrá ejercerla en las mismas condiciones que los españoles, con la limitación prevista en el

⁹⁰ Concepto de actividad económica, que incluye, según Doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad a los destinatarios de servicios y por lo tanto, a los turistas, vid. SSTJCE de 31 de enero de 1984, cit. y 2 de febrero de 1989, cit. Teniendo en cuenta, que la consideración de turista, ampara una estancia no superior a tres meses.

artículo 48. 4 del Tratado de Roma, en lo que se refiere a empleos en la Administración Pública⁹¹.

- El nacional comunitario, que pretenda residir en España de modo permanente, siempre y cuando cuente con un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos y con los recursos suficientes para subvencionar su permanencia, "a fin de que no se conviertan, durante su residencia, en una carga para la asistencia social del Estado Miembro de acogida"⁹².

- El nacional comunitario, que desee establecerse de modo permanente en España, cuando haya dejado de ejercer una actividad profesional tanto por cuenta propia como ajena en España⁹³, siempre que cuente con

⁹¹ Reglamento 1612/68 y Directiva 68/360 relativas al ejercicio de la libre circulación de trabajadores y Directiva 73/148 relativa al Derecho de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios. Respecto de la exclusión de empleos en la Administración Pública es preciso tener en cuenta la referida Doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad respecto al acceso de nacionales comunitarios a empleos en la Administración Pública, que de momento sólo ha sido puesta en práctica por Holanda y Francia. Vid. L. DUBOIS: "L'ouverture de la fonction publique aux ressortissants des autres Etats membres de la Communauté européenne. Le législateur entre juge communautaire et juge constitutionnel". en «RFDA.» , cit., p. 902-919.

⁹² Art. 1 de la Directiva 90/364/CEE.

⁹³ Derecho a residir que se reconoce, en virtud de la Directiva 90/365/CEE a los nacionales comunitarios que en el momento que en que cese su actividad económica: a) hayan llegado a la edad de jubilación con derecho a pensión, habiendo ejercido su actividad durante los doce meses precedentes y residido en España durante tres años; b) hayan cesado en el desempeño de su actividad como consecuencia de una incapacidad permanente para el trabajo, habiendo residido en España más de dos años sin interrupción, no siendo preciso acreditar tiempo alguno de residencia si la incapacidad resultare de accidente de trabajo o enfermedad profesional que de derecho a una pensión de la que sea responsable total o parcialmente un organismo del Estado español y c) que despues de tres años de actividad y residencia continuada en territorio español, desempeñen su actividad en otro Estado Miembro y mantengan su residencia en España, regresando al territorio español al menos una vez a la semana. El

un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos y disfrute de una pensión de invalidez, de jubilación o de prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional, "para que, durante su estancia, no llegue a constituir una carga para la asistencia social del Estado Miembro de acogida"⁹⁴.

-Los estudiantes nacionales comunitarios, que pretendan residir y estudiar en España, siempre y cuando, estén matriculados en un centro publico o privado reconocido, cuenten con un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgo y con los medios suficientes para subvencionar su estancia en España, al objeto de "evitar que, durante su periodo de residencia, se convierta en una carga para la asistencia social del Estado Miembro de acogida"⁹⁵.

2) Los familiares del nacional comunitario, "cualquiera que sea su nacionalidad", colectivo en el que tambien se engloban los familiares de españoles⁹⁶, dado que éstos tambien son nacionales comunitarios, por lo beneficiario del Derecho de residencia tiene dos años para ejercer dicho derecho (art. 8. del RD. 766/1992).

⁹⁴ Art. 1 de la Directiva 90/365/CEE.

⁹⁵ Art. 1 de la Directiva 90/366/CEE.

⁹⁶ Art. 2.2 del R.D. 766/1992. Vid. J.L. IGLESIAS BUHIGUES: "Entrada, permanencia y trabajo de nacionales de Estados miembros de la Comunidad Europea" en LA LEY, cit. p. 2. En lo que se refiere a los derechos del conyuge de todo nacional comunitario en su propio Estado Miembro de origen, el Tribunal de Justicia considera en Sentencia de 7 de julio de 1992 (asunto C-370/90), aún no publicada en Recueil, que el Estado Miembro de origen de nacional comunitario debe autorizar su entrada y residencia, cuando el nacional comunitario abandonó el territorio de su propio Estado Miembro acompañado de su cónyuge para desarrollar en otro Estado Miembro una actividad como trabajador asalariado y vuelve a su propio Estado Miembro a establecerse por cuenta propia, ya que el cónyuge ha de disfrutar al menos de los mismos derechos que le serían otorgados por el Derecho Comunitario si su esposo o esposa entrara y

que su exclusión supondría una discriminación negativa, pues se encontrarían en peor situación que los familiares de nacionales comunitarios al ver regulada su entrada y permanencia en España conforme a la Ley de Extranjería. Entendiendo como tales familiares⁹⁷:

- el cónyuge, siempre que no estén separados de hecho o de derecho⁹⁸

residiera en el territorio de otro Estado Miembro.

⁹⁷ En base al artículo 10.2 del Reglamento CEE nº 1612/1968 y a la Directiva 73/148 CEE que recoge las directrices aplicables a la Reagrupación Familiar, Derecho de residencia que también es extensible a los familiares del trabajador comunitario, que haya fallecido en el curso de su vida activa y antes de haber adquirido el derecho a residir de forma permanente, siempre y cuando, en lo que se refiere al Estado Español, el nacional comunitario fallecido: a) hubiera residido en España en la fecha del fallecimiento durante dos años al menos; b) el fallecimiento se hubiera debido a un accidente de trabajo o enfermedad profesional y c) que el conyuge superviviente, siempre que no estuvieran separados de hecho o de derecho, fuera un ciudadano español, que hubiera perdido su nacionalidad como consecuencia de su matrimonio con el fallecido. (art. 8.4 del R.D. 766/1992).

⁹⁸ Art.2.1 a) del R.D.766/1992. El concepto de conyuge en el Derecho Comunitario ha sido definido por el Tribunal de Luxemburgo que en Sentencia de 17 de abril de 1986, (Estado Neerlandés c/ D.F.REED, causa 59/85). Rec.1986, pp. 1283-1345, en especial 1344-45. El TJCE consideró "que el art. 10.1 del Reglamento CEE nº 1612 no puede ser interpretado en el sentido de que un compañero (partenaire) que mantenga una relación estable con un trabajador de un país comunitario, empleado en el territorio de otro país comunitario deba ser asimilado bajo ciertas condiciones al "conyuge" autorizado en las disposiciones". Es decir que, en principio, el concepto de conyuge ampara sólo y exclusivamente a la persona que legalmente sea el conyuge de un trabajador comunitario, aunque el TJCE sigue diciendo en su Decisión que: "el art.7 del Tratado, combinado con el art.7.2 del Reglamento CEE nº1612 debe ser interpretado en el sentido de que un Estado Miembro que permite a sus nacionales que su compañero no casado y no ciudadano de un Estado Miembro resida en su territorio, no pueden negarse a acordar las mismas ventajas a los trabajadores migrantes subditos de otros Estados Miembros". Con lo cual, la primera definición de conyuge sufre un giro, pues en realidad la Sentencia del TJCE viene a determinar que, si un Estado Miembro permite a sus nacionales, que

- los descendientes menores de veintiún años que vivan a sus expensas, así como los de su cónyuge, siempre que no estén separados de hecho o de derecho.⁹⁹

- los ascendientes, que vivan a su cargo, así como los de su cónyuge, siempre que no estén separados de hecho o de derecho, excepto cuando sean ascendientes de estudiantes comunitarios y sus cónyuges, que no tendrán derecho de residencia¹⁰⁰.

Colectivos de familiares a los que, con excepción de los ascendientes, se les reconoce, además, el derecho a ejercer una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la limitación establecida en el apartado cuarto del artículo 48 del Tratado de Roma, en referencia a los empleos en la Administración Pública¹⁰¹. El reconocimiento del derecho a trabajar en las mismas condiciones de los españoles supone un gran contraste con la situación de los familiares de los trabajadores extranjeros, su compañero, aunque sea un extranjero no comunitario, resida en el país legalmente y le concede un estatuto legal similar al cónyuge, por el principio de no discriminación por motivo de nacionalidad consagrado en el artículo 7 del Tratado de Roma, este beneficio se extenderá también al ciudadano comunitario residente en dicho Estado, que, en el supuesto de autos, era Holanda.

⁹⁹ Art. 2.1 b) del R.D. 766/1992.

¹⁰⁰ Art. 2.1 c) del R.D. 766/1992.

¹⁰¹ Derecho reconocido en base al artículo 10.3 del Reglamento CEE nº 1612/1968 y a la Directiva 73/148/ CEE, para el cónyuge e hijos de nacionales comunitarios que ejerzan una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena en el territorio de un Estado Miembro distinto del propio y del art. 2 de las Directivas 90/364/CEE; 90/465/CEE y 90/366/CEE, para el cónyuge e hijos de nacionales comunitarios que ejerzan el Derecho de residencia, sin ejercicio de actividad lucrativa.

nacionales de Terceros Estados, cuya situación viene regulada por la Ley de Extranjería, y que con base al derecho de reagrupación familiar, por ella reconocido, pueden residir en territorio español, y a los que, en consonancia con la desigualdad en el acceso al trabajo prevista en el artículo 35 de la Constitución, no se reconoce el Derecho al trabajo, estando, por lo tanto, sujetos al régimen de autorización previa para su acceso al trabajo, recogido y regulado en la Ley de Extranjería y normas reglamentarias que la desarrollan.

D)-Entrada y permanencia de nacionales comunitarios en España: Requisitos de procedimiento.

El ejercicio de los Derecho de entrada, permanencia y trabajo en España por parte de los nacionales comunitarios, exige el cumplimiento de un conjunto de requisitos destinados a acreditar la nacionalidad del interesado y de las circunstancias en base a las cuales pretenden ejercer estos derechos, mediante un procedimiento de verificación.

1.- Entrada en España de los nacionales comunitarios.

Con efecto modulador sobre el contenido del artículo 19 de la Constitución, que limita el reconocimiento del Derecho de entrada en España a los españoles, y que, en consecuencia, permite someter la entrada de extranjeros a régimen de previa autorización, la entrada de los nacionales comunitarios en un Estado Miembro distinto del propio se configura en el ámbito del Derecho comunitario como un Derecho, dirigido, en principio, a permitir el ejercicio de las Libertades de Circulación de Trabajadores, Establecimiento y Prestación de Servicios

reconocidas en los artículos 48, 52 y 59 del Tratado de Roma. El posterior proceso expansivo de estas libertades personales, como consecuencia del progresivo abandono de la visión economicista del Tratado y la creciente operatividad del Tribunal de Justicia de la Comunidad, ha permitido la extensión del Derecho de entrada en un Estado Miembro distinto del propio, a todo nacional comunitario, que podrá ejercerlo, como señala de modo expreso el artículo 5 del Real Decreto 766/1992, previa presentación del pasaporte o tarjeta de identidad en vigor, en la que conste la nacionalidad de su titular¹⁰², sin que puedan serles exigido la acreditación de medios económicos¹⁰³, si bien les podrá ser oponible razones de orden público, seguridad pública y sanidad pública para impedir su entrada en España¹⁰⁴. En contraste, la entrada en España de familiares de nacionales comunitarios, que seán nacionales de Terceros Estados, necesitará, además, del correspondiente visado, a no ser que se encuentren amparados por Tratados o Convenio internacionales suscritos por España, que suspendan la necesidad de dicho documento¹⁰⁵.

¹⁰² Art. 5 del R.D. 766/1992. Al respecto el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha señalado en su Sentencia de 30 de mayo de 1991, cit., que cuando un nacional comunitario quiera entrar en otro Estado Miembro distinto del propio, la única condición que este último puede exigir, es la presentación de un documento de identificación personal en el que conste su nacionalidad o un pasaporte válido, por lo tanto no se puede exigir acreditar los medios económicos que se disponga para el viaje, ni preguntar por la duración del mismo. Sin embargo, la Sentencia puntualiza que, no obstante, la prohibición de someter al viajero a cualquier tipo de interrogatorio en frontera, no se aplica cuando existan razones de orden público, seguridad pública o sanidad pública; y tampoco prejuzga los posibles controles aduaneros sobre equipaje.

¹⁰³ Punto 1º de la Orden de 22 de febrero de 1989 sobre medios económicos a acreditar por parte de los extranjeros para poder efectuar su entrada en España.

¹⁰⁴ Art. 4 del R.D. 766/1992.

2.- La permanencia de nacionales comunitarios en España: Las Tarjetas de Residencia.

Reconocidos los Derechos de Libre Circulación de Trabajadores, Establecimiento y Libre Prestación de Servicios, así como el Derecho de Residencia sin desarrollo de actividad lucrativa, cuyos contenidos serán objeto de posterior análisis, el ejercicio de estos derechos en España requerirá la documentación de sus titulares mediante una Tarjeta de Residencia, excepto cuando su permanencia sea por un periodo inferior a tres meses, supuesto en los que será suficiente la propia tarjeta de identidad con la que se haya efectuado la entrada¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Art. 5.2 del R.D. 766/1992, expedición de visado que conforme al mismo artículo será gratuita.

¹⁰⁶ Art. 6.1 del R.D. 766/1992. El R.D.766/1992 no exige, sin embargo, en contra de lo que establecía el art. 6 del R.D. 1099/1986, la declaración de actividades a realizar por los nacionales comunitarios que vengan a realizar actividades lucrativas por un periodo inferior a tres meses. Declaración que era considerada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad en Sentencia de 7 de julio de 1976 (WATSON y BELMANN 118/75). Rec.1976, p.1183, compatible con los principios recogidos en los artículos 48 a 66 del Tratado de Roma, no pudiendo por lo tanto considerarse como una discriminación prohibida por el artículo 7 del Tratado, en tanto que tal reglamentación no supone una restricción de la Libertad de Circulación de las Personas, teniendo, sin embargo, en cuenta, en primer lugar, que el plazo de presentación debe ser fijado en un límite razonable, y en segundo lugar, que la sanción por el incumplimiento de estas obligaciones no debe ser desproporcionado a la gravedad del caso, no pudiendo nunca llegar a la expulsión. Sin embargo, la Doctrina del Tribunal de Justicia al respecto parece ser desconocida por los Estados Miembros como lo demuestra la demanda de Decisión prejudicial presentada por la Prefectura de Volterra al TJCE, sobre la siguiente cuestión: "¿Si la letra c) del artículo 3 en relación con el párrafo 1 del artículo 56 del Tratado puede ser interpretado en el sentido de considerar legítima por parte de Italia, la imposición a los ciudadanos de otro Estado Miembro de la CEE de la obligación de efectuar la declaración de estancia, dentro de los

Cuando la permanencia del nacional comunitario sea por un período superior a tres meses pero inferior a un año, se expedirá una Tarjeta Temporal de Residencia de vigencia limitada a la duración de aquella. La residencia por un periodo superior a un año, se acreditará mediante la expedición de una Tarjeta de Residencia de nacional de los Estados Miembros de la Comunidades Europeas, con cinco años de vigencia y renovable automáticamente. La situación del nacional comunitario, que trabaje en España, manteniendo su residencia en el territorio de otro Estado Miembro, al que regrese, en principio todos los días, o por lo menos una vez a la semana, se acreditará mediante la expedición de un Tarjeta de Trabajador Fronterizo, válida para cinco años y renovable automáticamente¹⁰⁷.

La diferente denominación utilizada en lo que se refiere a la documentación acreditativa de la situación en España de los nacionales comunitarios (Tarjeta de Residencia), con respecto de los extranjeros, nacionales de Terceros Estados (Permiso de Residencia o de Residencia y Trabajo), tiene origen en la distinta configuración de su permanencia en tres días de su entrada en el territorio, imponiéndole en caso contrario una sanción penal, teniendo en cuenta que no existe ninguna razón concreta de Orden Público o de Seguridad o Salud Pública en que pueda fundarse semejante obligación feudal, de naturaleza y finalidad claramente vejatoria y de clara inspiración xenófoba?". Cfr. Petición de Decisión prejudicial presentada por la Prefectura de Volterra al TJCF, asunto 265/88 (88/C 320/06), fue recibido en la Secretaría del TJCE el 28 de septiembre de 1988. Vid. «Gaceta Jurídica de la UE» 1989, nº59, B-38, pp.44-45.

¹⁰⁷ Arts. 6. 2,3 y 6 del R.D. 766/1992. Las Tarjetas de Residencia de los familiares de nacionales comunitarios, que sean nacionales de Terceros Estados, tendrán una vigencia idéntica a la de la Tarjeta de Residencia del nacional comunitario del que dependan, sin embargo, la vigencia de las Tarjetas de Residencia de los familiares de españoles, sea cual fuere su nacionalidad, será siempre de cinco años (art. 6. 4 y 5 del R.D 766/1992).

España, considerada como un Derecho, sometido a limitaciones por causas de orden público, seguridad pública o sanidad pública, en el caso de los nacionales comunitarios, y como una autorización, cuando afecta a extranjeros, nacionales de Terceros Estados.

a)-Expedición y renovación de las Tarjetas de Residencia:
Circunstancias a acreditar por el interesado.

Las solicitudes de expedición de Tarjetas de Residencia deberán presentarse en el plazo de un mes desde la entrada en España y serán tramitadas por la Oficina de Extranjeros de la provincia en donde pretenda permanecer el interesado, o en su defecto, por la correspondiente Comisaría Provincial de Policía¹⁰⁸.

La expedición de la Tarjeta de Residencia, exigirá por parte del nacional comunitario interesado, la acreditación de circunstancias y requisitos, que permitan comprobar a las autoridades competentes, el cumplimiento de las condiciones exigidas para el ejercicio del los derechos reconocidos a los nacionales comunitarios.

1. Circunstancias a acreditar para la permanencia y residencia en España realizando una actividad lucrativa.

Cuando el nacional comunitario haya entrado en España para la realización de una actividad lucrativa deberá presentar la solicitud de Tarjeta de Residencia, acompañada del documento que acredite su identidad y a cuyo amparo se encuentre en territorio español y de la documentación complementaria que, en función de las actividades a desarrollar,

¹⁰⁸ Arts. 5 y 9 del R.D. 766/1992.

especifica el Real Decreto 766/1992, sobre entrada y permanencia de nacionales de Estados Miembros de las Comunidades Europeas¹⁰⁹. En lo que afecta al documento identificativo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad ha declarado en Sentencia de 5 de marzo de 1991, (asunto C-376/89), que los Estados Miembros han de reconocer el derecho de residir en su territorio de un trabajador, cuando presente un documento de identidad que esté en periodo de validez, aunque dicho documento no autorice a su titular a abandonar el territorio del Estado Miembro que lo haya expedido. Afirmación que no resulta modificada, según señala el Tribunal, por el hecho de que, por una parte, el documento de identidad haya sido emitido con anterioridad a la adhesión a las Comunidades del Estado Miembro que lo haya expedido; de que, por otra parte, dicho documento de identidad no contenga mención alguna relativa a la limitación de validez en el territorio nacional; y de que, por último, el titular de dicho documento haya sido admitido en el territorio del Estado

¹⁰⁹ La documentación acreditativa a presentar será según establece el art. 10.1 del R.D. 766/1992, en sus apartados a), b), c) y d): un certificado médico, acreditativo de su estado de salud "cuando así lo aconsejen razones de orden público, seguridad pública o salud pública" y además; si es un trabajador por cuenta ajena, la copia del contrato de trabajo o certificado de trabajo; si realiza actividades económica por cuenta propia, la documentación justificativa de que reúne los requisitos y, en su caso, de que ha solicitado las autorizaciones necesarias para el ejercicio de dichas actividades por españoles, en particular, deberá justificar el alta en el Impuesto de Actividades Económicas y la disposición de las autorizaciones y altas en los Registros establecidos por la Dirección General de Transacciones Exteriores del Ministerio de Economía y Hacienda; si se trata de prestación de servicios en España, será preciso que presente los certificados expedidos por la autoridades de su Estado Miembro de origen o de acogida, que acrediten: que se encuentra en posesión de los títulos, diplomas o certificados exigidos para la prestación del servicio que se trate y que se encuentra legalmente establecido y ejerciendo habitualmente en su Estado Miembro de origen o de acogida; si se trata de un trabajador fronterizo, certificado de residencia en otro Estado Miembro y los documentos que correspondan a su actividad.

Miembro de acogida al amparo únicamente de su pasaporte.

2. Circunstancias a acreditar para la permanencia y residencia en España sin ejercicio de actividad lucrativa.

Cuando el solicitante sea un nacional comunitario que pretenda permanecer o residir en España, sin realizar actividades económicas, deberá presentar la solicitud de Tarjeta de Residencia acompañada del documento que acredite su identidad y a cuyo amparo se encuentre en España, la documentación complementaria exigida por el referido Real Decreto 766/1992¹¹⁰, y la acreditación de poseer "los medios económicos suficientes". En relación con esta última exigencia, el propio Real

¹¹⁰ La documentación complementaria a presentar será según establece el art. 10.1 ensus apartados e), f) y g): un certificado médico, acreditativo de su estado de salud "cuando así lo aconsejen razones de orden público, seguridad pública o salud pública", y además; si se trata de un nacional comunitario que haya adquirido el Derecho a residir en el territorio español de forma permanente, al haber residido y desarrollado una actividad económica por cuenta propia o ajena en España, deberá acreditar que dispone de una pensión de invalidez, jubilación o de prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional que le proporcionen recursos suficientes para el periodo de residencia que solicita y que tiene suscrito un seguro de enfermedad que cubre todos sus gastos; si se pretende residir sin desarrollar actividades lucrativas y no disfruta del Derecho de residencia, deberá acreditar que dispone de recursos suficientes para el periodo de residencia que solicita o que dichos recursos los va a recibir periódicamente y además que tiene suscrito un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos; si se trata de un nacional comunitario que pretende residir y realizar estudios en España, deberá acreditar que se encuentra matriculado como estudiante en centros oficiales o reconocidos, para recibir, con carácter principal, una formación que habilite para el ejercicio de una profesión y que cuenta con los medios económicos suficientes para sufragar el costo de sus estudios a sí como los gastos de estancia para el periodo de residencia que solicite o que dichos recursos los va a percibir periódicamente, y que tiene suscrito un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos.

Decreto 766/1992, señala, en aplicación de las previsiones establecidas en la Directivas 364/90 y 365/90¹¹¹, cual será la cuantía de los medios económicos para que se consideren suficientes: aquellos que superen el nivel de pensión mínima de jubilación para mayores de sesenta y cinco años establecida por la Seguridad Social española, produciéndose, en consecuencia, por efecto de la normativa comunitaria, una clara precisión de la originaria de la facultad discrecional de la autoridad competente para expedir la Tarjeta de Residencia, en consonancia con el reconocimiento del Derecho de residencia a los nacionales comunitarios y en contraste con la situación de los extranjeros, nacionales de Terceros Estados.

3. Circunstancias a acreditar por los familiares de los nacionales comunitarios¹¹².

Cuando la solicitud de Tarjeta de residencia sea presentada por familiares de un nacional comunitario deberán aportar junto a su documentación identificativa personal, acompañada de visado, si se trata de nacionales de Terceros Estados¹¹³, los documentos expedidos por las

¹¹¹ Art. 1 de las Directivas 90/364/CEE y 90/365/CEE. En lo que se refiere al Derecho de residencia de los estudiantes comunitarios, la directiva 90/366/CEE, no señala específicamente cuales se considerarán los medios económicos suficientes, de ahí que la normativa española de desarrollo haya aplicado por extensión lo previsto en las dos otras Directivas sobre Derecho de residencia, sin actividad lucrativa.

¹¹² Art. 10.3 del R.D. 766/1986.

¹¹³ Presentación de visado que podrá dispensarse por razones excepcionales (art. 10.3 d) del R.D. 766/1992) por la autoridades competentes, en virtud de las facultades concedidas por la Ley de Extranjería para la dispensa de documentación necesaria para entrar y permanecer en España (arts. 12.4 de la Ley Orgánica 7/1985 y 5.4 y 22.3 del R. D.

autoridades competentes que acrediten: el vínculo de parentesco y el hecho de vivir a expensas o estar al cargo del nacional con el que se tenga dicho vínculo. Además, en los supuestos que sean familiares de nacionales comunitarios que permanezcan en España, en virtud del Derecho de residencia sin ejercicio de actividad lucrativa, habrán de probar que el seguro de enfermedad y los recursos económicos son suficientes para cubrir las necesidades del titular y sus familiares.

4. Tramitación procedimental de las solicitudes de residencia.

Presentadas las solicitudes de Tarjeta de Residencia, acompañadas de la documentación acreditativa de sus circunstancias, se procederá a la tramitación del expediente, para lo cual, el órgano instructor podrá pedir, excepcionalmente, a través de la Dirección General de Policía, información sobre los antecedentes judiciales de los interesados a las autoridades del Estado de origen o procedencia y, en todo caso, al objeto de valorar correctamente la concurrencia de los requisitos necesarios para el ejercicio de las actividades lucrativas por cuenta propia, podrá solicitar informes de los servicios de la Administración General del Estado, de la Administración Autonómica o de la Administración Local, así como de la Administración Institucional y de los Colegios profesionales, competentes por razón de la materia¹¹⁴.

Una vez tramitado el expediente se procederá, en el plazo previsto - seis meses para la Tarjeta de Residencia y tres meses para la Tarjeta Temporal de Residencia¹¹⁵- a la resolución del mismo por el Gobernador (1119/1986).

¹¹⁴ Art. 11.1 y 2 del R.D 766/1992.

Civil de la Provincia¹¹⁶, que deberá expedir la Tarjeta solicitada cuando resulten acreditados los requisitos prevenidos¹¹⁷, si bien está autorizado a limitar la vigencia de las Tarjetas expedidas, a dos años cuando se trate de nacionales comunitarios que residan en España sin realizar actividades lucrativas, ni estudios; o al periodo de duración de la formación o estudios en el caso de estudiantes comunitarios¹¹⁸.

Resueltos los expedientes, las Oficinas de Extranjeros o en su defecto las Comisarias Provinciales de Policía notificarán dichas resoluciones a los interesados¹¹⁹.

La renovación de la Tarjeta de Residencia deberá ser solicitada por el interesado, ante los mismos órganos encargados de su expedición acompañada de los documentos que acrediten la concurrencia de los requisitos necesarios para su primera expedición¹²⁰.

¹¹⁵ Art. 11.3 y 4 del R.D. 766/1992.

¹¹⁶ Art 9 del R.D. 766/1992.

¹¹⁷ Art. 13 del R.D 766/1992.

¹¹⁸ Art. 7.4 y 5 del R.D. 766/1992. Limitación en la vigencia prevista en las Directivas 365/90 (art. 2) y 366/90 (art. 2), relativas al Derecho de residencia de los nacionales comunitarios, y al Derecho de residencia de estudiantes comunitarios.

¹¹⁹ La Tasa establecida conforme a las previsiones de la Ley 8/1989, de 13 de abril, sobre Tasas y Precios Públicos, según señala el art. 13 del R.D. 766/1992, se equipara, de modo expreso, a la correspondiente a la expedición del Documento Nacional de Identidad.

¹²⁰ El art. 12 del R.D. 766/1992, exceptúa el certificado médico acreditativo del estado de salud y, en caso de los familiares, el visado y el certificado de vínculo de parentesco.

b) Vigencia y renovación de las Tarjetas de Residencia.

La vigencia de las Tarjetas de Residencia, así como su renovación, está condicionada al hecho de que su titular continúe encontrándose en alguno de los supuestos que dan derecho a su obtención. Este principio general tiene algunas excepciones atendiendo a diversas circunstancias por las cuales las Tarjetas de Residencia no podrá ser retirada, ni podrá ser negada su renovación. Estas circunstancias tienen como referencia dos situaciones diferentes, la primera, afecta a los supuestos de ausencias que no se prolonguen más de seis meses consecutivos o que que siendo superiores sean debidas al cumplimiento de obligaciones militares, y la segunda, al supuesto en el que titular de la Tarjeta de Residencia no esté ejerciendo su actividad profesional, cuando la inactividad se deba a un accidente, enfermedad o bien al paro involuntario, debidamente constando en la correspondiente Oficina del INEM, si bien en este último caso, cuando se trate de la primera renovación podrá ser limitada en su duración a un año, si el titular de la misma lleva ya doce meses consecutivos en paro.

Considerados los trámites a seguir para la expedición y renovación de las Tarjetas de Residencia de los nacionales comunitarios, son notorias las diferencias que se producen con respecto a la tramitación y concesión de los Permisos de Residencia y de Trabajo de los extranjeros, nacionales de Terceros Estados, diferencias que tienen su origen en la distinta configuración de la residencia y trabajo en España de unos y otros.

La configuración de la residencia y trabajo como unos derechos, que pueden ser ejercitados por todo nacional comunitario que cumpla las condiciones establecidas por el Derecho Comunitario, neutralizan las

facultades discrecionales que la Ley de Extranjería concede a las autoridades competentes, para la autorización y concesión de los Permisos de Residencia y de Trabajo, al reducir las facultades de los órganos de la Administración a la de simple verificación¹²¹ de las circunstancias exigidas y al cumplimiento de plazos estrictos para su resolución.

La precisa regulación del procedimiento y las precisiones que ha incorporado la jurisprudencia no permite, sin embargo, pasar por alto el hecho de que si bien, en principio, la ampliación del Derecho a Libre Circulación en el seno de la Comunidad -a raíz de la aprobación de las Directivas relativas al reconocimiento del Derecho de residencia a nacionales comunitarios que no realicen actividades lucrativas- podría hacer pensar que la entrada y permanencia de todo nacional comunitario queda englobada dentro del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario, en la práctica, no sucede así, dado que será preciso, por parte de los nacionales comunitarios y sus familiares que quieran ejercer el Derecho a la Libre Circulación, acreditar el cumplimiento de las circunstancias exigidas, lo que implica, que su falta de acreditación, permita exceptuarlos del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario, aplicándoseles, en consecuencia la legislación nacional sobre extranjeros, nacionales de Terceros Estados. Esta situación está prevista, de modo específico, por el Real Decreto 766/1992, que señala en su artículo 3, "la entrada,

¹²¹ Limitación al trámite de verificación, declarada por STJCE de 14 de julio de 1977 (SAGULO, BRENCA y BAKHOUCHE 8/77), Rec.1977, p.1495, al señalar que "un Estado Miembro no puede exigir de una persona protegida por disposiciones de Derecho Comunitario la posesión de un permiso de residencia en lugar de la documentación prevista en las disposiciones combinadas de los artículos 4.2 y del Anexo de la Directiva 68 /360, ni imponer sanciones en defecto de tal permiso", posición que fue ratificada por STJCE de 3 de julio de 1980 (S.PIECK 157/79), Rec.1980, p.2170, al declarar "un Estado Miembro no podrá exigir de una persona protegida por las disposiciones de Derecho Comunitario la posesión de una autorización de residencia en lugar del documento previsto por las disposiciones combinadas del artículo 4, párrafo 2 y el Anexo de la Directiva 68/360".

permanencia y trabajo en España de los nacionales de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas que no acrediten la concurrencia de los requisitos prevenidos en el presente Real Decreto, se registrarán por los preceptos de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, y normas reglamentarias vigentes en la materia". Con fundamento en esta previsión normativa, el Tribunal Supremo considera conforme a Derecho, la expulsión de España, con base en la Ley de Extranjería, de nacionales comunitarios, que habían alegado en contra de la expulsión su calidad ciudadano de un Estado Miembro y en consecuencia su exclusión del ámbito de aplicación de dicha Ley. El Tribunal Supremo aprecia en la Sentencia 24 de octubre de 1990¹²², que dado que el nacional comunitario "no prestó declaración sobre las actividades que pretendía ejercer o ejercía en España y aunque invocó en sus escritos (el de recurso de queja y el descargo) su carácter de ciudadano del Reino Unido, tampoco explica a que género de actividades se dedicaba. La cuestión de actividades asalariadas, de establecimiento autónomo o de prestación de servicios o medios de vida en general, continua siendo silenciada en los escritos presentados en este proceso"¹²³. En consecuencia, el Tribunal estima "que no están acreditados los requisitos o presupuestos que señalan el ámbito de aplicación del R.D. 1099/1986¹²⁴ por lo que la situación del recurrente se rige por

¹²² STS de 24 de octubre de 1990, Ponente: Sr. BURON BARBA (RAJ, 7789), en el mismo sentido, SSTS 5 de junio de 1990, (RAJ, 4694) cit., 29 de octubre de 1990 (RAJ, 9041), cit. y 20 d noviembre de 1990, (RAJ, 9129) cit.

¹²³ Fto jco 2º de la STS de 24 octubre de 1990, cit.

¹²⁴ Norma reguladora de la entrada y permanencia de nacionales comunitarios hasta su derogación por el Real Decreto 766/1992, que en su art. 3, también establecía la exclusión de su ámbito de aplicación de los nacionales comunitarios que no acreditasen las circunstancias

los preceptos de la Ley 7/85 de 1 de julio (art. 3 en relación con el 1º del citado Real decreto), por lo que es de aplicación el art. 26.1 d) de dicha Ley”¹²⁵.

La inaplicación del Derecho Comunitario, a los nacionales comunitarios que no acrediten la circunstancias, que permiten el ejercicio de la Libre Circulación de Personas, es corroborada por el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad, en Sentencia de 26 de febrero de 1991¹²⁶, al declarar: “las disposiciones de Derecho Comunitario que regulan la libre circulación de los trabajadores no se oponen a que *la legislación de un Estado Miembro* establezca que un nacional de otro Estado Miembro, que haya entrado en su territorio para buscar empleo, pueda ser obligado a abandonar dicho territorio (con la posibilidad de interponer recurso) si no ha conseguido un empleo al cabo de 6 meses, a menos que el interesado aporte la prueba de que continúa buscando un empleo y tiene verdaderas posibilidades de ser contratado”.

3.- Límites y excepciones a la Libertad de Circulación de las Personas.

a) La condición de nacional comunitario y las excepciones de Orden Público, Seguridad Pública y Salud Pública

El rechazo en la entrada, la revocación o denegación de la Tarjeta de Residencia, así como su renovación, y la expulsión o devolución de los exigidas y la aplicación a los mismos de la Ley de Extranjería.

¹²⁵ Fto. Jco. 3º de la STS de 24 de octubre de 1990, cit.

¹²⁶ STJCE de 26 de febrero de 1991 (asunto C-292/89). El subrayado es nuestro.

nacionales comunitarios, que acrediten la circunstancias exigidas para el ejercicio de la Libre Circulación de las Personas definida por el Derecho Comunitario, es objeto de regulación por las disposiciones del Capítulo III del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, que desarrolla las "Medidas aplicables por razones de Orden Público, Seguridad Pública y Salud Pública" y que incorpora los contenidos de la Directiva 64/ 221¹²⁷, de 25 de febrero, para "la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública". Directiva elaborada con referencia en el artículo 56.1 del Tratado CEE¹²⁸ que, se configura como una cláusula de salvaguarda permanente y que reserva a cada Estado el poder de definir el específico ámbito de las referidas excepciones. Competencia que no se asienta en el indubitado poder estatal sobre las situaciones puramente internas en cada Estado Miembro, ya que, por definición, la cláusula de reserva del artículo 56.1 del Tratado se aplica a situaciones en las que existe un factor de conexión con el Derecho Co-

¹²⁷ DO 056 04.04.64.p.850 (EE 05 V1 p.36).

¹²⁸ El artículo 56 del TCE se refiere en exclusiva a los nacionales comunitarios que ejerzan el Derecho de Establecimiento y Libre Prestación de Servicios, si bien el art. 48 hace referencia a las limitaciones a la Libre Circulación de Trabajadores en razón de motivos de orden público, seguridad pública y sanidad pública, la Directiva 64/221, de 25 de febrero extiende la aplicación de estas excepciones a los nacionales comunitarios que ejerzan la libre circulación de trabajadores, el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios y a sus respectivas familias. Por otra parte, la Directiva 72/194, de 18 de mayo, DO L 121 26.05.72. p. 32 (EE 05 V2 p.6) extiende la aplicación de la Directiva 64/221 a los ciudadanos comunitarios que hayan adquirido el Derecho a residir de forma permanente en el territorio y las Directivas 90/364, 90/365 y 90/366,(DOCE L 180, DE 13.07.90) extienden su aplicación a los nacionales comunitarios, que ejerzan o pretendan ejercer el Derecho a residir sin realizar actividad lucrativa y a los estudiantes comunitarios.

munitario¹²⁹. La necesaria coherencia con los principios comunitarios, supone la inaplicación de las causas de denegación de permisos de residencia y trabajo y de expulsión regulados en la Ley Orgánica 7/1985, de modo que, las resoluciones denegatorias y las expulsiones no podrán invocar mas que causas de Salud Pública, Seguridad Pública y Orden Público¹³⁰, referencias conceptuales de Orden Publico restringidas, conexas a comportamientos personales y no a motivos socioeconómicos, como pudieran ser los supuestos de mano de obra en paro, exceso de negocios semejantes en el termino municipal..., y en relación con los cuales la existencia de condenas penales no pueden motivar la adopción de tales medidas¹³¹, en contra de lo que sucede cuando se aplica el Régimen contenido en la Ley Orgánica 7/1985 con estas referencias subjetivas y objetivas.

Los conceptos de Orden Público, Seguridad Pública y Salud Pública

¹²⁹ Cfr. D.VIGNES: "Le droit d'établissement et la libre prestation de services" en J. MEGRET y otros: Le Droit de la Communauté Economique Européenne, cit., p 100.

¹³⁰ Sobre esta categoría conceptual vid. I. BORRAJO INIESTA: "las Libertades de Establecimiento y Servicios en el Tratado de Roma" en Tratado de Derecho Comunitario Europeo, cit., pp.149-260; D. VIGNES: "Le droit d'établissemen et la libre prestation de services", en J. MAIGRET y otros: Le Droit de la Communauté Economique Européenne, cit., pp. 100-110; G. LYON-CAEN y A. LYON-CAEN: Droit Social International et Européen, Paris 1985, pp.227-240; N. GUIMEZANES: Le Droit des étrangers, L'entrée et le séjour, Paris 1987, pp.165-168. F.HUBEAU: "L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire", en «Cahiers de Droit Européen». 1981, p. 207-256. J. LEBULLENGER: "A propos de l'expulsion des étrangers: les garanties de procédure administrative en droit français et communautaire", en «RCDIP». 1981, pp.447-488; G. DRUESNE: "Liberté de circulation des personnes l'ordre public, à nouveau: comme la punition des filles de Danaos?", en «RTDE». 1982, pp. 706-722.

¹³¹ Art. 15.2 del R.D 766/1992. y arts. 3.1 y 3.2 de la Directiva CEE 64/221.

permiten apreciar que la Libertad de Circulación de las personas no es ilimitada¹³². Es decir que los Estados de la Comunidad no solo intervienen en su ejercicio sino que pueden denegarlo en determinadas ocasiones, y sin perjuicio de estar insertos en el marco jurídico comunitario, estando reservado a los Estados Miembros determinar su contenido, en coherencia con la cláusula de salvaguarda contenida en el artículo 56.1 del Tratado CEE, justificada, como señaló, en su inicial jurisprudencia, el Tribunal de Luxemburgo¹³³, en directa referencia al Orden Público, a que "las circunstancias específicas que podrían justificar el recurso a la noción de orden público pueden variar de un país a otro, y de una época a otra, por lo que es preciso, a este respecto, reconocer a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación dentro de los límites impuestos por el Tratado". Estas nociones, básicas en la organización institucional de los Estados, no han sido definidas a nivel comunitario por carencia de las instituciones políticas necesarias para proceder a su definición, lo que no obsta a que el Tribunal de Luxemburgo haya podido señalar que existen límites al poder estatal y, por ello, ha ido perfilando estas situaciones; delimitación que está predeterminada por la metodología del caso, pero que no ha impedido particularizar una doctrina jurisprudencial que establece una serie de límites al poder estatal, límites orientados por un contenido configurado con referencia en lo que los Estados no pueden hacer¹³⁴.

¹³² Apreciación que es confirmada por la circunstancia, ya señalada, de que la falta de acreditación de las circunstancias exigidas para el ejercicio de la Libre Circulación, permite la aplicación sobre los nacionales comunitarios de la legislación nacional de cada Estado Miembro relativa a los extranjeros nacionales de Terceros Estados.

¹³³ STJCE de 4 de diciembre de 1974 (VAN DUYN 41/74).Rec., 1974, pp. 1337-1360. Fto. jco. 18.

En lo que se refiere a la Salud Pública, que representa una preocupación legítima para cualquier Estado, cuya tutela justifica la imposición de restricciones estatales a la Libre Circulación, la Directiva CEE 64/221 ha sometido a esta cláusula a una serie de prescripciones, por lo que su utilización por los Estados está prácticamente reglada¹³⁵, como lo demuestra el hecho de que el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, señale, que las únicas dolencias que pueden justificar la prohibición de entrada, la denegación de una Tarjeta de Residencia o la expulsión del territorio español serán las que figuran en su apartado cuarto¹³⁶, dolencias que, además, si son contraídas después de la expedición de la primera Tarjeta de Residencia, no podrán justificar la negativa a la renovación de la Tarjeta ni la expulsión del territorio español, es decir que los Estados Miembros no puede invocar la Salud Pública como justificación de medidas no aplicables a sus propios ciudadanos.

Razones de Orden Público pueden justificar que se impida la entrada de un ciudadano comunitario, así como que se le deniegue la Tarjeta de Residencia o la renovación de la misma, pudiendo ser también invocado el Orden Público para ordenar la expulsión de un ciudadano comunitario. Para

¹³⁴ Cfr. I.BORRAJO INIESTA: "Las Libertades de Establecimiento y de Servicios en el Tratado de Roma" en Tratado de Derecho Comunitario Europeo, cit., p. 172-173.

¹³⁵ Vid. I. AGUIRREAZKUENAGA: "La coacción administrativa", cit., p. 357.

¹³⁶ El apartado cuarto del art. 15 establece como dolencias o enfermedades que puedan dar lugar a la aplicación de medidas de seguridad, las siguientes: a) enfermedades cuarentenarias contempladas en el Reglamento Sanitario Internacional nº 2, de 25 de mayo de 1951, de la Organización Mundial de la Salud; b) La drogadicción cuando ponga en peligro el orden público o la seguridad pública, en los términos previstos en la legislación vigente y c) Otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas en la medida que sean, en España, objeto de disposiciones de protección respecto a los nacionales españoles.

evitar que este formidable poder fuese utilizado por los Estados Miembros para obstaculizar la Libre Circulación, el artículo 3 de la Directiva 64/221 establece los límites en los que debe moverse las facultades de los Estados en materia de Orden Público, límites que implican la aplicación a los nacionales comunitarios de un concepto de Orden Público restringido, al establecer que las razones que esgriman los Estados Miembros han de estar basadas en comportamientos personales del individuo objeto de la medida, y no en razones de tipo económico, no pudiendo adoptarse automáticamente por la mera existencia de condenas penales, además de no poderse tomar (sobre todo la expulsión) por problemas derivados de la tenencia de documentos de identidad o residencia.

La circunstancia de que estos límites pudieran ser interpretados por los Estados de forma excesivamente amplia, ha determinado que el Tribunal de Luxemburgo a través de los recursos ante él formalizados haya elaborado una precisa doctrina jurisprudencial que limita los poderes estatales¹³⁷.

El Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas en Sentencia

¹³⁷ Efectivamente, según señala F HUBEAU: "L'exception d'ordre public et le libre circulation des personnes en Droit Communautaire", cit., p. 254, los Estados Miembros se reservaron la posibilidad de invocar la excepción de Orden Público para oponerse a la libre circulación de los ciudadanos comunitarios, ya que la reserva de Orden Público no es "en cuanto a su esencia" diferente en los Tratados que constituyen las Comunidades Europeas a la establecida en los Tratados de establecimiento clásicos o en las disposiciones nacionales que la refrendan. Es fundamentalmente una reserva de soberanía. La Directiva 64/221, dirigida a coordinar las disposiciones nacionales relativas al Orden Público (obligación no prevista en los Tratados) es la que ha servido de base para el posterior desarrollo jurisprudencial del concepto de Orden Público, que ha restringido las prerrogativas de las autoridades nacionales y ha atenuado el efecto de la cláusula de retención de soberanía a favor de una protección jurisdiccional más elaborada de los extranjeros ciudadanos comunitarios.

díctada¹³⁸ con ocasión del recurso que ante él se formalizó por efecto de la inadmisión en Gran Bretaña de una ciudadana holandesa, a causa de su trabajo como secretaria de la Iglesia Cientológica, cuyas prácticas eran consideradas en Gran Bretaña como un peligro social a pesar de no estar formalmente prohibidas por ninguna Ley inglesa, ha establecido los principios básicos en esta materia. Ha precisado que corresponde a cada Estado Miembro apreciar las circunstancias singulares, de lo que en un país y en una época determinada es Orden Público, admitiendo la licitud de la medida de Orden Público alegada por Inglaterra, que impedía la entrada de dicha ciudadana comunitaria en su territorio¹³⁹, como medida para contrarrestar las actividades de una organización determinada.

En las posteriores pronunciamientos jurisprudenciales¹⁴⁰, el Tribunal incrementa los requisitos para considerar que una determinada medida pueda ser tomada con justificación en razones de Orden Público. En este sentido, el Tribunal ha considerado que las medidas impuestas por el Estado Francés a un sindicalista italiano al que se le concedió una Tarjeta de Residencia con la prohibición expresa de estancia en determina-

¹³⁸ STJCE de 4 de diciembre de 1974 (VAN DUYN 41/74). Cit.

¹³⁹ "El artículo 48 del Tratado de la CEE y el artículo 3.1 de la Directiva 64/221 deben ser interpretados en el sentido de que un Estado miembro, prevaleciendo de restricciones justificadas por el Orden Público, pueda tomar en consideración, como dependiente del comportamiento personal del interesado, el hecho de que éste esté afiliado a un grupo u organización cuyas actividades son consideradas como constitutivas de un peligro social, sin estar sin embargo prohibidas y sin que ninguna restricción sea impuesta a los ciudadanos de este Estado que deseen ejercer una actividad análoga a aquella que el ciudadano comunitario proyecta ejercer en el marco de estos grupos u organizaciones" STCEE 4 de diciembre de 1974, cit.

¹⁴⁰ SSTJCE de 28 de octubre de 1975 (RUTILI 36/75), Rec. 1975, p.1219-1244 y de 8 de abril de 1976 (ROYER 48/75), Rec. 1976, p.497-529.

das zonas de Francia debido a sus actividades sindicales, no eran correctas; pues, aunque señaló que son los Estados Miembros los competentes en materia de Orden Público, estimó que para poder imponer medidas contra un nacional comunitario su comportamiento debía constituir "una amenaza real y suficientemente grave" para el Orden Público. Además de añadir, una idea fundamental como es, que el ejercicio de los Derechos Sindicales no pueden justificar en absoluto la aplicación de la cláusula de Orden Público¹⁴¹.

En el asunto en el que se enjuiciaba la expulsión, decretada por Bélgica, a un francés que, habiendo sido condenado y procesado varias veces en su país de origen y, objeto de previa expulsión de Bélgica por vulneración de las medidas administrativas de entrada y residencia, había vuelto a reincidir en su incumplimiento, el Tribunal señala que "el hecho de haber omitido el cumplimiento de las formalidades legales relativas al acceso al desplazamiento y a la estancia para extranjeros, no puede por sí sólo constituir un atentado al Orden y a la Seguridad Pública en el sentido del Tratado"¹⁴².

Como es apreciable en las Sentencias consideradas la noción de Orden Público va siendo delimitada por el Tribunal de Justicia, al señalar que el ejercicio de los Derechos Fundamentales y el incumplimiento de formalidades administrativas quedaban fuera de la noción de Orden Público. Con posterioridad, el Tribunal perfila aún más el concepto al enjuici-

¹⁴¹ Interpretación, que como señala L. DUBOIS liga al juez nacional, obligándole a anular la prohibición de residencia en cuatro Departamentos, cuando aplique al asunto la regla comunitaria tal y como la ha interpretado el Tribunal de Luxemburgo. Vid. L.DUBOIS: "Le juge administratif français et les mesures de police prises à l'encontre des étrangers", en «RCDIP», 1976, pp.317-318.

¹⁴² Fto. Jco. 38 de la STJCE de 8 de abril de 1976, cit.

ciar¹⁴³ la propuesta de expulsión de Gran Bretaña de un súbdito francés, que encontrándose en libertad provisional, tras ser juzgado por tenencia ilícita de estupefacientes, reconocida por él mismo, vuelve a ser condenado por la misma infracción. El Tribunal señala que efectivamente es el Estado el que debe apreciar y aplicar el Orden Público, pero, sin embargo, a la pregunta de, si el término Orden Público, utilizado en el artículo 48 párrafo 3, debe ser interpretado como incluyendo razones de Estado, aún cuando no haya lugar a temer un atentado a la paz o al Orden Público o, en el sentido más estricto, que incluye una amenaza cualquiera a la paz, Orden Público o Seguridad Pública o, por el contrario, en sentido más amplio, el Tribunal consideró: "En tanto que pueda justificar ciertas restricciones a la Libre Circulación de personas sometidas al Derecho Comunitario, el recurso, por una autoridad nacional, a la noción de Orden Público supone, en todo caso, la existencia, a parte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción a la ley, una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la Sociedad"¹⁴⁴.

La noción de Orden Público va siendo perfilada de este modo por el Tribunal de Luxemburgo, que establece un mínimo más exigente y estricto cada vez, como se puede comprobar en la Sentencia de 18 de mayo de 1982¹⁴⁵, que se separa de la interpretación estricta expresada en la inicial Sentencia de 4 de diciembre de 1974 (VAN DUYN), ya que señala "que

¹⁴³ STJCE de 27 de octubre de 1977 (BOUCHERAU 30/77), Rec. 1977, pp.1999-2029.

¹⁴⁴ Fto. jco. 35 de la STJCE de 27 de octubre de 1977., cit.

¹⁴⁵ STJCE de 18 de mayo de 1982 (ADOUI et CORNUAILLE 115 y 116/81). Rec. 1982, pp. 1665-1732.

un Estado Miembro no podrá en virtud de la reserva relativa al Orden público contenido en el artículo 48 y 56 del Tratado, alejar de su territorio a un súbdito de otro Estado Miembro o rechazar su acceso al territorio en razón de comportamientos, que, en caso de sus propios súbditos, no da lugar a medidas represivas u otras medidas reales y efectivas destinadas a combatir el comportamiento"¹⁴⁶, afirmación que hace el Tribunal ante la pretensión del Estado de Bélgica, que pretendía impedir la permanencia de dos ciudadanas francesas presuntamente dedicadas a la prostitución, en una barra de alterne, mediante el procedimiento de denegarles la Tarjeta de Residencia, a lo que el Tribunal opuso que diversas formas de prostitución en lugares cerrados estaba permitida en Bélgica.

El desarrollo de la noción de "Orden Público restringido" realizado por el Tribunal ha permitido impedir la utilización, por parte de las autoridades administrativas, de las razones de Orden Público para obstaculizar o impedir el desarrollo del Libre Circulación de Personas, al establecer que los Estados Miembros no puedan tratar a los nacionales de los restantes Estados Miembros como extranjeros, pues el Orden Público afecta a conductas personales independiente de la nacionalidad del sujeto, es decir que supone la imposición de restricciones concretas por razones específicas a personas que son nacionales comunitarios.

A la cláusula de salvaguarda de la Seguridad Pública, conforme a la Directiva 64/221, le son de aplicación las mismas directrices que al Orden Público¹⁴⁷. Esta equiparación sin embargo resulta problemática ya que la Comunidad carece de facultades en lo que respecta a temas de

¹⁴⁶ Fto. jco. 5 de la STJCE de 18 de mayo de 1982, cit.

¹⁴⁷ V. ABELLAN HONRUBIA considera que puede asimilarse "a la noción de orden público o concretarse en base a unos criterios similares", vid. su obra: "La libertad de circulación de trabajadores" en Tratado de Derecho Comunitario Europeo, cit., p. 119.

Seguridad del Estado¹⁴⁸.

b) Garantías procedimentales aplicables a las medidas de seguridad tomadas por razones de Orden Público, Seguridad Pública y Salud Pública.

Las medidas de seguridad recogidas en el Capítulo III del Real Decreto 766/1992¹⁴⁹ y la forma concreta en que se aplican en España a los ciudadanos comunitarios, que acrediten las circunstancias exigidas para el ejercicio de la Libre Circulación de Personas, tiene su justificación y su marco de referencia en que el Derecho Comunitario no pretende imponer, en la actualidad una noción uniforme de lo que puede ser considerado como Orden Público, como Seguridad Pública o como Salud Pública, y los cauces a través de los cuales los Estado ejercen sus potestades para definir y aplicar tales nociones revisten una importancia de primer orden. Por ello, tanto la Directiva 64/221, como la Jurisprudencia comunitaria han dedicado una atención especial al «conjunto de prescripciones de carácter formal y procedimental destinadas a garantizar el funcionamiento práctico del régimen instaurado por el Tratado»(STCE Royer, 1976, fto. jco. 71)¹⁵⁰.

Cuando razones de Orden Público, Seguridad Pública o Salud Pública

¹⁴⁸ Vid. en relación con este aspecto I. BORRAJO INIESTA: "las Libertades de Establecimiento y Servicios en el Tratado de Roma" en Tratado de Derecho Comunitario Europeo, cit., p. 178.

¹⁴⁹ El Capítulo III del R.D. 766/1992 es una copia casi literal de la Directiva CEE 64/221, de 25 de febrero de 1964.

¹⁵⁰ Cfr. I. BORRAJO INIESTA: "Las Libertades de Establecimiento y de Servicios en el Tratado de Roma" en Tratado de Derecho Comunitario Europeo, cit., p. 178.

así lo estimen conveniente, las autoridades españolas competentes¹⁵¹ podrán adoptar alguna de las siguientes medidas: Impedir la entrada de España, a pesar de que los interesados cuenten con la documentación adecuada; denegar la expedición o renovación de las Tarjetas de Residencia o proceder a la expulsión o devolución¹⁵² del ciudadano comunitario del territorio español¹⁵³.

En virtud de la cláusula de salvaguarda contenida en el artículo 56.1

¹⁵¹ Autoridades competentes no especificadas en el R.D. 766/1992, pero que son perfectamente deducibles, la competencia para la denegación de la Tarjeta o su renovación corresponderá al Gobernador Civil de cada provincia, autoridad facultada por el propio Real Decreto para su expedición; la competencia para la expulsión del territorio español corresponde al Director de la Seguridad del Estado, autoridad competente, según establece el art. 26 de la Ley de Extranjería, para decretar las expulsiones de España de extranjeros, quien conforme a esta misma Ley podrá delegar esta facultad en los Gobernadores Civiles, y la prohibición de entrada deberá ser ordenada por el Director de la Seguridad del Estado, autoridad competente, según establece el art. 14 del Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería para ordenar las prohibiciones expresas de entrada en territorio español.

¹⁵² En lo que se refiere a la devolución de nacionales comunitarios, es preciso destacar, que el R.D. 1099/1986 establecía específicamente en su art. 23 que la devolución "por entrada ilegal" no era aplicable a los nacionales comunitarios, si bien por exclusión se podía entender que sí era aplicable cuando el nacional comunitario hubiera desobedecido una orden de expulsión y hubiera regresado a España antes de finalizar el periodo de prohibición de entrada. La inclusión de la medida de devolución, sin ningún tipo de especificación en el art. 15 del R.D. 766/1992, permite deducir que la medida será aplicable también en circunstancias de entrada ilegal, si bien resulta bastante problemático, su aplicación en estos supuestos de entrada ilegal, dado, que las medidas previstas en el R.D. 766/1992, solo son aplicables como su propio art. 14 señala a los nacionales comunitarios que acrediten las circunstancias exigidas para el ejercicio de la Libre Circulación de Personas, mientras que a los que no las acrediten les será aplicable, según señala su art. 3 la Ley de Extranjería y difícilmente un extranjero que pueda acreditar dichas circunstancias habrá entrado de modo ilegal.

¹⁵³ Art. 15.1 del R.D. 766/1992.

del TCEC¹⁵⁴, el apartado segundo del artículo 15 del Real Decreto 766/1992 determina que estas medidas se tomaran con arreglo "a la legislación reguladora del Orden Público y Seguridad Pública, a lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/1985 y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia", lo que implica que, en principio, le son aplicables las disposiciones de derecho interno español con carácter general, aunque inmediatamente el mismo artículo 15, señala cuales son las restricciones a este régimen general, restricciones que asimilan las establecidas al concepto de Orden Público, que están contenidas en la Directivas CEE 64/221¹⁵⁵ y que configuran el concepto restringido de

¹⁵⁴ Que permite a cada Estado Miembro definir el ámbito de su Orden Público, de su Seguridad Pública y de su Salud Pública.

¹⁵⁵ Algunos países comunitarios como Francia (y también Bélgica) tardaron bastante tiempo en desarrollar la Directiva 64/221, lo que provocó, dado que las Instituciones comunitarias tampoco habían tomado las medidas oportunas para evitarlo, en primer lugar, que el Tribunal de Luxemburgo mediante Sentencia de 4 de diciembre de 1974 (Van Duyn) declarase el efecto directo del artículo 3 párrafo 1º de dicha Directiva que "crea a favor de los particulares derechos que pueden hacerse valer en justicia a un Estado miembro y que las Instituciones nacionales deben salvaguardar"; en segundo lugar, que el Conseil d'État francés emitiese el Arrêt Cohn-Bendit de 22 de diciembre de 1978, al recurso presentado por violación del artículo 6 de la directiva 64/221. El Sr. Cohn-Bendit solicitó, conforme a la ley francesa, pasados siete años, la derogación de la medida de expulsión y recibió del Ministro del Interior francés una negativa, notificada el 2 de febrero de 1976. Presentó un recurso ante el Tribunal Administrativo del París fundándose en que la negativa no cumplía los requisitos exigidos en el artículo 6 de la Directiva 64/221, ya que no ponía en conocimiento del interesado las razones de Orden Público o Seguridad Pública que habían motivado la negativa, conforme al artículo 6 de la Directiva 64/221 que señala "las razones de orden público, seguridad o salud públicas, en que se base la decisión que le concierne, serán puestas en conocimiento del interesado, a menos que ello *sea contrario a la seguridad del Estado*". El Tribunal Francés estimó que no podía dar su fallo sin un recurso previo ante el Tribunal de la CEE al que presento dos preguntas: 1ª) ¿Negándose a poner fin a una orden de expulsión tomada anteriormente respecto de un ciudadano CEE e impidiéndole de esta forma que vuelva y resida

Orden Público Comunitario aplicable a los ciudadanos de Estados Miembros. En virtud de las mismas, el Real Decreto 766/1992, configura un régimen especial que partiendo del concepto general de Orden Público, Seguridad Pública y Sanidad Pública, establece una serie prescripciones, que recogen las garantías de procedimiento y de recurso aplicables a los ciudadanos comunitarios, pero no a todo nacional comunitario, sino a aquellos que acrediten las circunstancias exigidas por la normativa comunitaria para el ejercicio de la Libre Circulación de Personas en España¹⁵⁶. Este planteamiento viene a implicar una parcial modulación de

en Francia para ejercer una actividad profesional en respuesta a una oferta de una empresa, el Ministro tomó una medida especial en el sentido de la Directiva 64/221?, 2ª) ¿ En caso afirmativo, el Ministro está obligado a comunicar los motivos de su negativa en el momento en que se la notifica o, puede ser suficiente una comunicación efectuada con ocasión de la intervención de un poder contencioso?. El Ministro del Interior recurrió este recurso. El Conseil d'État francés falló sobre este recurso, a pesar de que dos días antes de la Sentencia, el Ministro había finalmente derogado la medida de expulsión, en el fallo el Conseil d'État anula el recurso y reenvía la causa al Tribunal de Instancia para que se pronuncie sobre la petición del Sr. Cohn-Bendit .Para llegar a este resultado y evitar la presentación del recurso prejudicial, el Conseil d'État realizó una interpretación "sui generis" del efecto directo de las directivas, para ello utilizó la doctrina del "acto claro" y basándose en la literalidad del precepto contenido en el art. 189 del TCEE, declara, en contra de la Doctrina del TJCE, que ninguna Directiva tiene efecto directo . Con ello, el Conseil d'État actúa de forma clara y premeditada y no por error en contra de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo y de la propia Institución, tomando una postura claramente política, para ello señala que su Arrêt ha sido emitido con intención de volver a la ortodoxia comunitaria, lo que por supuesto no es una excusa válida, pues la única interpretación ortodoxa es la del propio Tribunal Comunitario. Cfr. GRIMAUX: "Note" au Arrêt du 22 decembre 1978 (Cohn-Bendit).«Cahiers de Droit Européen»,1980, pp.678-680. Los Tribunales franceses de última instancia todavía hoy presentan pocas cuestiones prejudiciales al TJCE, ya que parece que siguen utilizando la doctrina "del acto claro" según señala el Parlamento Europeo en su Informe Anual de 1987.DOCE nº C 310, 05.12.88.p.7.

¹⁵⁶ El art. 14 del R.D.766/1992, señala, "Las medidas relativas a la entrada en España, expedición y renovación de tarjetas de residencia o sus denegaciones, sanciones y expulsión del territorio español de las personas *incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real*

la Doctrina del Tribunal de Justicia y demuestra, de manera palpable, que el poder estatal para controlar la presencia y salida obligatorio de extranjeros, aunque sean nacionales comunitarios, de un Estado Miembro, en este caso de España, sigue estando, en gran medida, fuera del alcance de las Instituciones comunitarias. Siendo destacable, en este punto, el cambio producido en la nueva redacción de la introducción al Capítulo III del Real Decreto 766/1992, con respecto a la del Capítulo IV de la anterior norma de aplicación, el Real Decreto 1099/1986, relativos ambos a "Las medidas aplicables por razones de orden público, seguridad pública y salud pública", pues siendo muy similares ambas, en la actual se ha sustituido la referencia "a los ciudadanos de Estados Miembros de la CEE", por "las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto". No obstante, esta sustitución no implica, en si misma, que se hayan producido cambios en la situación, pues el Real Decreto 1099/1986, preveía, en su artículo 3, que "La entrada, permanencia y trabajo en España de los ciudadanos de Estados Miembros de la CEE que no estén comprendidos en el ámbito de de aplicación del presente Real Decreto o no acrediten la concurrencia de los requisitos prevenidos en el mismo, se regirán por los preceptos de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y normas reglamentarias vigente sobre la materia", aunque si demuestran, mediante la concreción más precisa del ámbito de

Decreto , determinadas por razones de orden público..., habrán de adoptarse con sujeción a lo dispuesto en el presente Capítulo", teniendo en cuenta que el art. 3 del mismo .RD. 766/1992, señala "La entrada, permanencia y trabajo en España de los nacionales de Estados Miembros de las Comunidades Europeas *que no acrediten la concurrencia de los requisitos prevenidos en el presente Real Decreto* , se regirán por los preceptos de la Ley 7/1985, de 1 de julio sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y normas reglamentarias vigentes sobre la materia".

aplicación, un fortalecimiento de los poderes estatales oponibles a los nacionales comunitarios, habida cuenta que el artículo 3 del Real Decreto 766/1992, que excluye del ámbito de la normativa comunitaria a los nacionales comunitarios, que no acrediten los requisitos prevenidos, ha suprimido la referencia a los nacionales comunitarios "que no estén comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto"

Las prescripciones establecidas en el Real Decreto 766/1992 implican:

-La aplicación de las medidas de seguridad sólo podrá basarse en comportamientos personales de quien sea objeto de la medida y nunca podrán fundarse en razones de carácter económico general, no pudiendo motivar la adopción de las mismas, la simple existencia de antecedentes penales¹⁵⁷.

- Las únicas dolencias que pueden motivar la adopción de medidas de seguridad son las contenidas en el art. 15.4 del Real Decreto 766/1992, teniendo en cuenta además, que no pueden justificar la negativa a la renovación de la Tarjeta de Residencia o una medida de expulsión si dichas enfermedades han sido contraídas durante su estancia en España¹⁵⁸.

- La expulsión del territorio español no se podrá justificar en la caducidad de la tarjeta de identidad o pasaporte, que haya permitido la entrada en España y la expedición, en su caso, de la Tarjeta de Residencia¹⁵⁹.

- La omisión de solicitud o de renovación de la Tarjeta de Residencia

¹⁵⁷ Art. 15. 2 d) del R.D. 766/1992.

¹⁵⁸ Art. 15.4 a) del R.D. 766/1992.

¹⁵⁹ Art. 15.3 del R.D. 766/1992.

en los casos en que exista derecho a su obtención, así como la falta de comunicación relativa a la modificación de las circunstancias que motivaron su concesión, sólo podrán ser sancionadas con multa, que, además, ha de ser proporcionada al grado de voluntariedad, reincidencia y capacidad económica del ciudadano comunitario, no pudiendo nunca dar lugar a la expulsión del territorio español¹⁶⁰.

- Excepto en supuestos de urgencia debidamente justificada, las medidas de seguridad -denegación de renovación de Tarjeta de Residencia y expulsión del territorio español- deberán ser tomadas previo Dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado o, en su caso, del correspondiente Servicio Jurídico del Estado en la provincia¹⁶¹. El órgano encargado de emitir el Dictamen deberá, previamente, permitir al interesado solicitar las pruebas y formular las alegaciones que estime precisas.¹⁶²

- Una vez decretada la expulsión o denegada la primera Tarjeta de Residencia, independientemente de los recursos establecidos por la

¹⁶⁰ Art. 16 del R.D. 766/1992, que señala en su apartado segundo señala, que en ningún caso la cuantía de la multa podrá exceder de 2.000.000 de pesetas de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 de la Ley de Extranjería o "de la cantidad que determine el gobierno en uso de la autorización contenida en la disposición adicional primera de dicha Ley, teniendo en cuenta la variaciones del índice de precios al consumo".

¹⁶¹ En este sentido la STJCE de 18 de mayo de 1982 (ADOUI et CORNUAILLE), cit. en su Fto. Jco. 13 señala que la Directiva deja un amplio margen de maniobra a los Estados Miembros, al no especificar que autoridad es competente para emitir el dictamen, señalando exclusivamente que "lo esencial es que quede claramente establecido que la autoridad ejerce sus funciones con total independencia, y que en el ejercicio de estas funciones no está sometida, ni directa ni indirectamente, al control de la autoridad llamada a tomar las medidas previstas en la Directiva"

¹⁶² Art. 17 del R.D. 766/1992.

ley¹⁶³, el ciudadano comunitario afectado podrá solicitar la revisión de la resolución por parte de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado o del Servicio Jurídico del Estado de la provincia, pudiendo el interesado presentar personalmente sus medios de defensa ante el órgano consultivo, a no ser que se opongan a ello razones de Seguridad del Estado. Dicho Dictamen tendrá que ser sometido a la autoridad competente para que confirme o ratifique la anterior resolución¹⁶⁴.

El problema fundamental planteado tras la presentación de recursos por vía jurisdiccional, es el que hace referencia a la situación del sujeto objeto de la medida durante el tiempo que tarde el Tribunal en resolver sobre la decisión administrativa.

El Tribunal de Luxemburgo¹⁶⁵ ha observado que la garantía que implica el derecho al recurso "devendría ilusoria si los Estados Miembros pudiesen, mediante la ejecución inmedidata de la decisión de expulsión, privar al interesado de la posibilidad de hacer uso, útilmente, de los medios de recurso cuyo disfrute le garantiza la Directiva nº 64/221", señalando también, que no se puede ejecutar la expulsión de un ciudadano comunitario "antes de que haya tenido la posibilidad de cumplir las formalidades necesarias para interponer su recurso"¹⁶⁶, ya que el artículo 8 de la Directiva 64/221 no obliga a los Estados Miembros a que

¹⁶³ Recursos que el artículo 9 de la Directiva no señala que hayan de ser obligatoriamente judiciales.

¹⁶⁴ Art. 17.2 del R.D. 766/1992.

¹⁶⁵ Fto. Jco 62 de la STJCE 8 de abril 1976 (ROYER 48/75), cit.

¹⁶⁶ Fto. Jco. 12 de la STJCE de 5 de marzo de 1980 (PECANSTING 98/79). Rec. 1980, p. 691 y ss.

aseguren la suspensión cautelar de la medida de ejecución administrativa mientras se substancia el procedimiento, y solo si en situación similar los nacionales pueden acceder a esta suspensión, lo podrán hacer los ciudadanos comunitarios¹⁶⁷, lo que nos llevaría a la contradicción de que un ciudadano comunitario puede ser expulsado de un Estado Miembro en el transcurso de un proceso judicial que revisa el acto de expulsión, que evita la reserva formulada expresamente por el Tribunal de Luxemburgo de que "dicho sujeto pueda, no obstante, beneficiarse de un proceso equitativo y estar en condiciones de hacer valer todos sus medios de defensa"¹⁶⁸.

La posibilidad de hacer valer sus medios de defensa resulta bastante difícil cuando el interesado no se encuentra presente en el territorio para defenderse, problemática que conecta con el Recurso de Inconstitucionalidad planteado ante el Tribunal Constitucional español por el Defensor del Pueblo con relación al artículo 34, inciso segundo, de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, al estimar que dicha disposición, impedía a los Tribunales, aunque así lo estimasen conveniente para la defensa, la suspensión del acto administrativo de expulsión al señalar: "En ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad a lo establecido

¹⁶⁷ Fto. Jco. 12 de la STJCE, de 5 de marzo de 1980, cit. Lo que a I BORRAJO INIESTA en "Las Libertades de Establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma" Tratado de Derecho Comunitario Europeo, cit., p. 184, le lleva a afirmar que el Tribunal identificó erróneamente la posibilidad de que los Tribunales puedan suspender de forma cautelar y motivadamente un acto administrativo de expulsión, con el otorgamiento al interesado del "poder de suspender unilateralmente, mediante la interposición de un recurso, la medida adoptada contra él"

¹⁶⁸ Fto. Jco. 13 de la STJCE 5 de marzo de 1980, cit. Constestación del Tribunal de Luxemburgo a la pregunta del Tribunal de Lieja sobre si el artículo 8 de la Directiva 64/221 contravenía el artículo 6 del Convenio Europeo de Derecho Humanos.

en la presente Ley". El Tribunal Constitucional en la referida Sentencia de 7 de julio de 1987¹⁶⁹, ha considerado inconstitucional este precepto, al declarar que sí bien no "puede defenderse la absoluta necesidad de la suspensión de los actos administrativos impugnados para salvaguardía de los derechos fundamentales", también es cierto que si la legislación ha establecido esta posibilidad para la protección de los derechos fundamentales, esta decisión legislativa también incide en la tutela judicial efectiva, de manera que dicha supresión de la posibilidad de suspensión para cierto casos o grupos de personas afecta a este derecho de la tutela efectiva, al margen de que también puede afectar al Derecho a la Igualdad del art.14 de la Constitución.

- La resolución que deniegue la expedición o renovación de Tarjeta de Residencia así como la que ordene la expulsión del territorio español deberán estar suficientemente motivadas¹⁷⁰ y habrán de ser notificadas al interesado en la forma legalmente establecida¹⁷¹, conteniéndose en dicha notificación el plazo en el que el interesado habrá de salir de España, plazo que, salvo casos de urgencia, no podrá ser inferior a 15 días, si el expulsado no es titular de una Tarjeta de Residencia y un mes en caso contrario¹⁷².

¹⁶⁹ STC 115/1987, de 7 de julio, cit.

¹⁷⁰ Ha de ser "lo suficientemente detallada y precisa para permitir al interesado defender sus intereses" y las condiciones de su notificación (por ejemplo el idioma) deben "permitir al interesado entender su contenido y efecto" Fto. Jco. 13 de la STJCE de 18 de mayo 1982 (ADOUI et CORNUAILLE), cit.

¹⁷¹ Conforme al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo

¹⁷² Art. 18 del R.D 766/1992.

Conforme a lo expuesto, la ampliación del ámbito subjetivo de la Libre Circulación de Personas, por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad y la adopción por el Consejo de las Directivas, relativas al Derecho de residencia de los nacionales comunitarios, que no ejerzan una actividad lucrativa, permite constatar que el Derecho de Libre Circulación de Personas en el seno de la Comunidad se extiende, en teoría, a todo nacional comunitario, si bien, en la práctica, su extensión es limitada, tanto por la exigencia de acreditación de las circunstancias exigidas para su ejercicio -lo que implica puede haber nacionales comunitarios, que pueden quedar fuera del ámbito de aplicación de la Libre Circulación y a los que, en consecuencia, se pueda aplicar la legislación nacional de los Estados Miembros- como por la posible aplicación de medidas de seguridad por razones de orden público, seguridad pública y sanidad pública. Estas circunstancias permiten detectar la configuración en cada Estado Miembro, de un estatuto intermedio, el de "nacional comunitario", titular del Derecho a la Libre Circulación, aunque sometido en su ejercicio a las exigencias y limitaciones establecidas por el Derecho Comunitario, incardinado entre los nacionales, que tiene reconocido en su propio Estado la plena titularidad y ejercicio de la Libre Circulación y los extranjeros, nacionales de Terceros Estados, que no tienen reconocido la titularidad de este Derecho, y cuyo ejercicio, en consecuencia, estará sometido a la legislación nacional de cada Estado Miembro.

3º.- El "tertius genus" de la ciudadanía de la Unión Europea.

Conforme ha sido apreciado, en cada Estado Miembro de la Comunidad Europea, se configura el estatuto intermedio de "nacional comunitario", titular de los Derechos a la Libre Circulación, comprensivo del Derecho de Establecimiento, Libre Prestación de Servicios, Libre Circulación de Trabajadores y Derecho de Residencia sin ejercicio de actividad económica, a los que se añaden los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, en el caso de residencia en término municipal de Estado Miembro distinto al de su origen y el Derecho a la protección diplomática y consular por la autoridades de cualquier Estado Miembro; Derechos que definen, con directa referencia en los Estados nacionales miembros, la ciudadanía europea, con excepción del Derecho de petición ante el Parlamento Europeo y el de presentación de quejas ante el Defensor del Pueblo Europeo, directamente ejercitables ante las Instituciones Comunitarias y que pierden su vínculo con la ciudadanía europea al poder ser también ejercitados por los residentes no comunitarios¹⁷³.

Los condicionados contenidos de la ciudadanía europea -ante la orgullosa alegación "Cives Europaeus sum" como basamento de la Constitución Europea¹⁷⁴- traen a la memoria el recuerdo de la ciudadanía

¹⁷³ Art. 8 D y 8 E en relación con los arts. 138 D y 138 E del Tratado de la Unión Europea, que, como ya ha sido señalado, subjetivizan el ejercicio de estos Derechos en "cualquier ciudadano de la Unión, así como cualquier persona física o jurídica que resida o que tenga su domicilio social en un Estado Miembro... individualmente o asociado con otros ciudadanos o personas" (arts. 138 D y E del Tratado de la Unión).

¹⁷⁴ Cfr. E. GARCIA DE ENTERRIA: Lezione inaugurale in occasione del conferimento della

romana o a figuras más próximas como la ciudadanía reconocida en el imperio británico. La ciudadanía europea es un complemento y no un sustituto de la previa nacionalidad de un Estado Miembro, que es requisito sine qua non¹⁷⁵.

El ciudadano de la Unión deja de ser un extranjero y pasa a compartir con los nacionales de los Estados Miembros el ejercicio de unos derechos ejercitados desde procedimientos nacionales y que, como referencia garantizadora, recuperan la dimensión supranacional a través del sistema jurisdiccional comunitario a quien corresponde la tutela de la garantía institucional de estos específicos Derechos, segregados del conjunto de los Derechos Fundamentales de la Convención Europea de Derechos Humanos por los límites que el mismo Tratado de la Unión Europea ha establecido en su Título VII, Disposiciones Finales, letra L, que realiza una escisión en el Tratado, según el criterio de su justiciabilidad¹⁷⁶, lo

laurea honoris causa del Profesor Eduardo García de Enterría: I Diritti Fondamentali nel Trattato di Maastricht, Università degli Studi di Bologna, Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione, Conferenze-Seminari, Anno Accademico 1991/92, nº 16, p. 17.

¹⁷⁵ Cfr. en A. MANGAS MARTIN : "El Tratado de la Unión Europea: Análisis de su estructura general", en «Gaceta Jurídica de la CEE», nº monográfico: El Tratado de la Unión Europea, cit., pp. 31.

¹⁷⁶ Son objeto de control jurisdiccional ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad las "disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la CEE, el Tratado constitutivo de la CECA y el Tratado constitutivo de la CEEA; el tercer párrafo de la letra c) del apartado 2 del artículo K 3(referido a la posibilidad de que los Estados Miembros concluyan entre ellos Convenios relativos a la cooperación en los sectores de Justicia y de los Asuntos de Interior, en los que puede ser incluida la previsión de remitir al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea los litigios relativos a su interpretación y aplicación) y los artículos L a S" (Disposiciones finales).

que tiene como consecuencia, en interpretación en sentido negativo, que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no será competente para enjuiciar sobre la aplicación del artículo F. 2, que es donde se encuentra enunciado el compromiso de respeto por la Unión a los "Derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales..., y tal y como resultan de las tradiciones comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario". En esta escisión que menoscaba la coherencia y potenciabilidad de la Unión Europea, y que es producto de la tensión entre competencias soberanas de los Estados nacionales y exigencias de la integración supranacional¹⁷⁷, está particularizado el primer punto que, aún en el dificultoso trámite de ratificación por los Estados Miembros, que está condicionando su entrada en vigor, obliga a sugerir su primera revisión en el año 1996, desde la autorizada opinión del Profesor GARCIA DE ENTERRIA, expresada en el más relevante de los foros jurídicos europeos, la Universidad de Bolonia: "Se debe en todo caso lamentar el equívoco. Será necesario esperar a la revisión del Tratado de Maastricht que el Tratado mismo (art. N) prevé a partir de 1996, a fin de que esta y otras cuestiones de perfeccionamiento del sistema, puedan ser más claramente incorporadas, según el ideal de una «Comunidad de Derecho», «Estado de Derecho », así expresamente dicho estando claro también que la Comunidad no es un Estado, o un «Rule

¹⁷⁷ El Profesor GARCIA DE ENTERRIA aporta el dato de que el Primer Ministro británico John Major se ha vanagloriado públicamente del hecho de que haya sido su Gobierno el que haya conseguido esta limitación del Tribunal de Justicia de la Comunidad, el cual es, según su criterio, de modo similar a la Comisión, el órgano más "centralizador" de la Comunidad, lo que favorece las técnicas de supranacionalidad y de integración, en menoscabo de las competencias de los Estados Miembros. Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA: I Diritti fondamentali nel Trattato di Maastricht, cit. p. 18.

of Law», tantas veces proclamado por todas las Institucionales comunitarias"¹⁷⁸.

En el Sistema Jurídico Europeo, al lado de la deseable integración al ámbito de las competencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del control de los Derechos Fundamentales, debe ser incorporado el control de los calificados como "Asuntos de Interior" que, en la medida en que son objeto de una avanzada integración en sus planteamientos comunes, como muestran de modo particularmente claro el Grupo de Trevi, el Grupo ad hoc de Inmigración y los Acuerdos de Schengen, dejan progresivamente sin contenido la justificación de que tales asuntos por afectar a "materias en las cuales la discrecionalidad y la relevancia de los respectivos intereses nacionales es muy fuerte"¹⁷⁹, pueda justificar la restricción jurisdiccional en las competencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

¹⁷⁸ Cfr. E. GARCIA DE ENTERRIA: I Diritti fondamentali nel Trattato de Maastricht, cit., pp. 19-20. El Profesor GARCIA DE ENTERRIA manifiesta sus reservas a la exclusión de control jurisdiccional del art. F del Tratado, destaca la contradicción entre la proclamación de que la Unión "respetará los Derechos fundamentales" lo que comporta necesariamente su tutela judicial efectiva y la eliminación de que son objeto en la delimitación del ámbito jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

¹⁷⁹ Cfr. E. GARCIA DE ENTERRIA: I Diritti fondamentali nel Trattato de Maastricht, cit., p. 19.

VII.- REFLEXIONES FINALES Y PROPUESTAS SOBRE LA INTERRELACION CIUDADANIA-EXTRANJERIA.

Los desequilibrios socioeconómicos entre Estados, la crisis y revisión de estructuras políticas y el emerger de nuevos sistemas institucionales están en la base de los cambios que afectan al estatuto del ciudadano y a la condición de extranjero.

Manifiestos son los desequilibrios producidos por la localización del desarrollo socioeconómico en muy concretos países, cuya prosperidad produce relaciones desiguales en los intercambios económicos, profundizando las diferencias existentes.

En el ámbito de la crisis y revisión de estructuras está la reconversión de los antiguos Estados comunistas, que se encuentran en el difícil momento de tener que ofrecer nuevas alternativas institucionales y socioeconómicas y en los que la profundidad de la crisis abierta, además de replantear los límites geográficos nacionales, ha hecho resurgir los antiguos nacionalismos históricos, situación que ha tenido como consecuencia la disgregación de los Estados originarios, en múltiples nuevos Estados con una deteriorada situación socioeconómica.

En el emerger de nuevos sistemas institucionales se enmarca la gestación del Tratado de la Unión Europea, con la configuración de la ciudadanía de la Unión como elemento que permite la progresiva articulación económica y política de la Comunidad Europea, fenómeno de signo inverso al que se está produciendo en los antiguos Estados del Este, pues relativiza la nacionalidad de origen mediante la creación de la ciudadanía de la Unión y el reconocimiento de las libertades de circulación, residencia y establecimiento.

Ambos fenómenos institucionales, de signo inverso, tienen puntos de conexión a través de la interferencia que para las todavía

Comunidades Europeas supone los efectos desestabilizadores de la reconversión de los antiguos Estados comunistas, tanto por la necesidad de asignación de nuevos recursos económicos, como por el menoscabo de autoridad que para la aún Comunidad Económica Europea supone el no haber sido capaz de frenar las situaciones derivadas del resurgir de los problemas históricos y, lamentablemente, actuales de los Balcanes.

La consecuencia inmediata de la situación descrita es la relentización en el avance de la unificación europea, circunstancia que, sin embargo, no impide considerar la posibilidad de lograr en el futuro una Europa que excluya el matiz del origen nacional; en esta línea se encuentra la importante participación y ayuda económica de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas a la reconversión de los países comunistas, ayuda que se asienta en unos criterios de solidaridad basados en la clara visión de la interconexión política y económica de los Estados europeos y que, en consecuencia, relativizan, en base a la interdependencia de los Estados, los extremos a los que pueden derivar la irracionalidad de los nacionalismos.

La ayuda comunitaria a los antiguos Estados comunistas europeos tiene, además, una gran importancia metodológica, pues establece la pauta a seguir en relación con otros Estados vecinos, que en situación económica desfavorable, generan hacia la Comunidad Europea desplazamientos de población y contribuiría, a su vez, a desactivar las medidas policiales encaminadas a impermeabilizar las fronteras exteriores, al permitir operar en base a intercambios basados en la mutua complementariedad económica.

La opción institucional de ayuda a países el entorno, que no es incompatible con los Convenios de las Comunidades Europeas que tratan de ofrecer respuesta a otras áreas territoriales de Africa, del Caribe o del Pacífico, es la respuesta a los problemas que originan los fuertes desequilibrios socioeconómicos entre espacios territoriales, que sí bien justifican desplazamientos de población a nivel de Estados nacionales o

de áreas supraestatales, no permiten justificar los desplazamientos de población entre áreas interestatales, que incluso saltan, como consecuencia de la fuerte voluntad nacida de la necesidad de satisfacer mínimos existenciales, límites idiomáticos, culturales e ideológicos y que, por supuesto, no tiene en consideración la diferencia entre nacional y extranjero para tratar de reconstruir la unidad del factor humano.

La complejidad de los problemas planteados y las dificultosas soluciones que exige el pretender equilibrar las relaciones interestatales, tienen su origen en su directa conexión con los movimientos socioeconómicos que son parte de los ciclos que marcan la evolución socioeconómica mundial, en los que razones económicas han disuelto, de modo sorprendente e inesperado, las estructuras burocráticas e industriales de los países del Este europeo y, al mismo tiempo, han hecho surgir nuevas estructuras productivas, que desplazan los ejes económicos y productivos de los países occidentales a los orientales. Esta tendencia, si no es correcta y rápidamente reconducida, puede convertir a Europa en una simple referencia histórica y cultural, al ser relegada en su posición económica por otros Estados, cuya ventajosa posición se basa, entre otras razones, en su mayor población, en unas mejores aptitudes y en unas menores exigencias para el desarrollo de las actividades productivas o en la mejor disposición para solucionar conflictos y excluir privilegios. La percepción de estos problemas y la voluntad de buscar y articular soluciones a los mismos están en la génesis del Acta Unica y del Tratado de la Unión Europea.

En el desarrollo armonioso de la Comunidad, compatibilizado con la alternativa tecnológica y la articulación de mercados, que, por su equilibrado humanismo, sólo es posible que incorpore, dentro del Derecho Comparado, el Acta Unica, y que ha sido recogido y potenciado por el Tratado de la Unión Europea, mediante la creación de la ciudadanía de Unión y del Fondo de Cohesión, está el objetivo de la Comunidad Europea que, de modo inevitable, relativiza la inicial configuración de la ciuda-

danía y la nacionalidad en un proceso histórico difícilmente reversible, que obliga a dejar en la historia la decisiva influencia que hasta el momento han tenido los Estados nacionales. La cada vez mayor interdependencia de los flujos de capital y el mayor alcance de los medios de comunicación, como directa consecuencia de los avances tecnológicos, que progresivamente se configuran como patrimonio de la humanidad, permiten detectar la cada vez mayor potenciación del factor humano, y la paralela relativización de las diferencias en las que se puede basar la extranjería, que tienden a ser sustituidas por la interdependencia armoniosa entre los Estados y sus respectivos ciudadanos.

el problema
de los Estados
nacionales

Este planteamiento, al que no le faltan dificultades para la obtención de resultados, como permiten apreciar los problemas derivados de la reunificación alemana, conecta con los planteamientos institucionales que pretenden aportar soluciones a los problemas derivados de una sociedad cada vez más internacionalizada que, además de ser propiciados por las Instituciones comunitarias, tiene también su base en los esquemas jurídicos convencionales, que permiten apreciar la necesidad de un cambio que relativice la dicotomía entre ciudadano y extranjero.

En profundo contraste con los principios expuestos, la práctica administrativa y las situaciones de hecho que afectan a los extranjeros nos muestran una normativa, tanto en el marco jurídico español como comunitario, con escasa formalización jurídica.

Las situaciones de hecho a las que tiende el marco jurídico que regula la acción pública sobre los extranjeros tiende a producir situaciones contrapuestas, de tal manera, que la situación de algunos extranjeros, que puede ser calificada como de privilegiada en relación con los propios nacionales, coexiste con actuaciones públicas que tratan a colectivos de extranjeros, en precaria situación económica, muy por debajo de las exigencias que demandan su condición de personas.

Situación cuyos efectos es preciso considerar, pues hay tener en cuenta que el trato preferente que reciben los extranjeros con mejor nivel económico y cultural no excluye efectos negativos para la sociedad que los acoge, del mismo modo, que el rechazo de colectivos de extranjeros que sólo pretenden trabajar en actividades marginales, que no son atendidas por los propios nacionales por mal remuneradas, supone un perjuicio económico para la sociedad, que podría beneficiarse de esta oferta laboral, sin olvidar, que hay actividades profesionales que, por defectos estructurales o por la presión de intereses corporativos, no están suficientemente atendidas por los profesionales formados en el ámbito nacional y que pueden ser adecuadamente desempeñadas por profesionales extranjeros, aspectos que obligan a tener en cuenta que no siempre son actividades marginales las que atraen a los emigrantes. El caso español es un claro ejemplo de la atracción de profesionales cualificados en el ámbito de la odontología, previa superación de los obstáculos corporativos de un colectivo nacional que era insuficiente desde el punto de vista de sus componentes numéricos, como consecuencia de la organización del sistema educativo de formación, para satisfacer las necesidades sanitarias de la sociedad española. Son los mecanismos socioeconómicos los que, una vez detectada la necesidad, superan los obstáculos para permitir solucionar un problema que, de otro modo, hubiera tenido altos costes de gestión pública.

La retirada del mercado laboral de los nacionales que pueden optar por acogerse a los fondos subvencionados del paro y que no ocupan determinados puestos en el mercado laboral en el ámbito de la agricultura, de la industria o de los servicios, por considerarlos insatisfactorios dada su dureza y escasa remuneración, es obvio que provoca desequilibrios económicos, que se materializan en el hecho de que determinados ciudadanos se benefician de ayudas económicas sin contraprestación, dejando al mismo tiempo sin atender una actividad económica y social, con el consiguiente perjuicio para la sociedad. El

conocimiento de estas posibilidades laborales pone en marcha la respuesta emigratoria de colectivos extranjeros, que toman la iniciativa de salir de su medio social para colaborar en la resolución de una necesidad económica de otra sociedad.

La falta de solidaridad de los ciudadanos que desatienden actividades colectivas unida a la falta de organización de las instituciones públicas, incapaces de motivar a sus ciudadanos para que atiendan determinadas necesidades de la colectividad social, es solucionada por los extranjeros que, desde la distancia, detectan que en las actividades que rechazan los ciudadanos está la solución para mejorar sus condiciones de vida personal y familiar.

La insolidaria actitud de quienes viven -sin contraprestación y debida justificación de su falta de actividad- de los fondos subvencionados, como una especie de nueva beneficencia, se contrapone a la actitud de quienes, en condición de emigrantes, están dispuestos a realizar, aún con contraprestaciones por debajo del nivel que marcan las normas laborales, funciones y tareas en el ámbito de la industria, agricultura y servicios, lo que justifica la acogida de colectivos de extranjeros dispuestos a realizar actividades necesarias para el conjunto de la sociedad. El perjuicio que el nacional ocasiona se contrapone al beneficio que el extranjero aporta, lo que nos permite recordar, que el privilegio que representa el acceso a los fondos subvencionados, sin contraprestación alguna y sólo justificada por el hecho de ser ciudadano, exige realizar aportaciones para que desde la previa actitud cívica poder disfrutar del estatuto de ciudadano y, de modo complementario, nos permite señalar que es necesario tener en cuenta, que la autorización de residencia y la concesión de la nacionalidad no puede ser más que un límite, configurado de modo muy permeable, para quienes, con voluntad de integración, estén dispuestos a pasar por el coste personal y familiar de la emigración.

La voluntad de integración del extranjero en contraste con la

actitud de los nacionales, que se benefician de fondos subvencionados, como muestra, en algunos casos, de insolidaridad para sus propios conciudadanos, es parte de una dinámica que rompe con las iniciales diferencias entre nacional y extranjero, de tal modo que, se puede producir la adopción de sanciones administrativas e incluso penales a los nacionales, que abusan de estos fondos, con los consecuentes efectos negativos sobre el ciudadano que incurre en dichas sanciones administrativas o penales y, al mismo tiempo, puede legitimar al extranjero para ser asimilado como residente y llegar incluso a obtener la nacionalidad y el estatuto de ciudadano. Los procedimientos de regularización son el claro testimonio de esta dinámica y sus resoluciones ofrecen adecuada muestra del reconocimiento de servicios a quienes en un principio fueron tachados de ilegales.

Es preciso tener en cuenta que son las leyes del mercado, tan difíciles de eludir, las que en último extremo determinan la superación de los límites normativos que establecen los Estados nacionales, bien desde el movimiento de capitales o bien desde los flujos de trabajadores, y que son las tensiones que se producen como consecuencia de un mercado cada vez más internacionalizado, las que hacen desaparecer las barreras y límites que pretenden poner los Estados nacionales y las Instituciones supranacionales. La situación del conjunto de la economía internacional, sometida, desde la práctica desaparición de las economías socialistas, a las leyes del mercado neoliberal, obliga a tener muy en cuenta la determinación de las reglas del mercado.

Los factores discrecionales que la trayectoria histórica de la extranjería nos muestra a través de los datos que aportan las concesiones de las cartas de naturaleza, los convenios de doble nacionalidad y el carácter graciable de la concesión de asilo, son parte de una problemática en la que han predominado las razones políticas y que han tenido en el acto político una cobertura, que la reconducción y control de la discrecionalidad en la gestión de los asuntos públicos, que exige el

Estado de Derecho, obliga someter a las adecuadas técnicas procedimentales y jurisdiccionales para reducir los ámbitos exentos.

La voluntad de integrar en el Derecho las actuaciones administrativas en relación con los extranjeros obliga a recordar la paradoja jurídica que presenta nuestro Ordenamiento, pues si bien el Código Civil establece la igualdad entre nacionales y extranjeros, esta igualdad queda, sin embargo, condicionada en su efectividad jurídica a las previsiones de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, a cuyas exigencias de procedimiento está supeditada la entrada, estancia o residencia de los extranjeros. Desde la misma perspectiva del Derecho público, las contracciones de la normativa reglamentaria que desarrolla la Ley de Extranjería con la Ley de Procedimiento Administrativo y la regulación que establece en materia de nulidad de actos administrativos, nos permite apreciar la especiales peculiaridades de una normativa sectorial que exige su integración en las bases del procedimiento común de las Administraciones públicas, objetivo para el que no puede ser obstáculo, las dificultades que los parlamentarios nacionales y el propio Parlamento Europeo encuentran a efectos de ser adecuadamente informados de las estrategias policiales que, en materia de extranjería, desarrollan los Estados Miembros desde los Grupos de Trevi, ad hoc de Inmigración y los Acuerdos de Schengen.

La prueba a la que se ve sometido el marco institucional y las normas jurídicas por la realidad socioeconómica hace derivar hacia las técnicas policiales la responsabilidad de controlar e intentar paliar las contradicciones resultantes, situación desde la que tiene que ser explicado el conjunto de medidas de policía, que son la respuesta en la que se materializan las acciones del Grupo de Trevi, Grupo ad hoc de inmigración y del Acuerdo de Schengen, como son la articulación de Europol y del Sistema Integrado de Información de Schengen de la Policía

el problema
que al
nación al
delinamente
no, que lo
instancia y
al trabajo
no.

de Seguridad. Referencias todas ellas que se encuentran en la base de la Ley española reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros, en calidad de instrumento normativo vinculado a la integración española en las Comunidades Europeas, cuyo proceso de unificación ha puesto de relieve la existencia de fronteras especialmente conflictivas, tanto por las naturales relaciones españolas con los países iberoamericanos como por la proximidad fronteriza con Africa.

La ambigüedad terminológica que expresan las ideas "territorio común", "Estados Terceros", "extranjeros no admisibles", "países positivos y países negativos", "refugiados en órbita", "persecuciones transfronterizas o persecuciones en caliente"..., utilizadas como referencias operativas de las medidas de policía dirigidas a la consecución del espacio territorial de la Comunidad Europea y a defenderlo que quienes pueden perturbar la coherencia del modelo comunitario, conecta y retoma la ambigua terminología y los más aún ambiguos argumentos utilizados para dar cobertura a las razones de "orden público" y a las exigencias de "seguridad nacional", objeto de comprometidos pronunciamientos doctrinales, no tan distantes en el tiempo, en defensa de las libertades nacionales, que parecen volver a exigir el mismo comprometido, aunque más fácil esfuerzo, en el ámbito de la supranacionalidad europea.

Es preciso destacar, sin embargo, que la trascendencia de la problemática implicada es mucho más compleja que las actuaciones que demandaba el racionalizar un Estado autoritario. Las tensiones que entre la población provoca la emigración pueden ser un claro factor desestabilizador de la naciente Unión Europea, al centrar los puntos conflictivos que este proceso conlleva en los problemas derivados de los flujos de emigración, que tiene como referencia la permisiva normativa sobre asilo de Alemania orientada por la problemática de la reunificación, la presión albanesa y de las nacionalidades balcánicas sobre Italia o la presión iberoamericana, y particularmente, norteafricana sobre España,

conflictos latentes, que parecen exigir para la configuración de la ciudadanía de la Unión el rechazo de los extranjeros y la impermeabilización de fronteras, con el retorno histórico a las técnicas de "juramento de transeuntes" que corrige, por razones políticas y económicas, la tradicional receptividad europea a los flujos de emigración.

Entre las razones que exigen la corrección del modelo está la crisis industrial producida por las nuevas tecnologías con sus secuelas de paro estructural, que acrecienta el recelo del ciudadano parado ante la presencia de extranjeros activos, aunque sea en puestos de trabajo rechazados por los propios ciudadanos. El paro estructural generado por las nuevas tecnologías es la punta de un enorme iceberg originado por la crisis de los tradicionales modelos económicos e industriales, y en los que la complejidad de problemas que plantea exige la ayuda de técnicas policiales para tratar de controlar a los "extraños" al reino europeo y facilitar, así, la construcción política y económica de la ciudadanía europea, opción que no puede separarse de la inaplazable necesidad europea de articularse como una efectiva fuerza económica en el ámbito internacional cuyos ejes se centran en torno a los polos de Estados Unidos y Japon, y de cuyo éxito o fracaso depende que Europa sea en el futuro un efectivo polo de atracción socioeconómica internacional o una mera referencia histórica y cultural.

El reto que ante sí tienen las Comunidades Europeas es lograr la viabilidad de la Unión Europea, cuya consecución exige la aplicación de políticas orientadas por el pragmatismo coyuntural, del que forman parte, como medio instrumental, las técnicas de policía dirigidas a precisar quienes son los ciudadanos europeos que pueden practicar las libertades comunitarias y quienes son los extraños -extranjeros- a este comprometido reto de la Unión Europea.

El reto que supone la alternativa europea puede ser evaluado desde el aparato organizativo que ha sido preciso articular a nivel de Estado Español, la creación de la específica Comisión Interministerial y la

organización de las Oficinas de Extranjeros como una de las estructuras organizativas más evolucionadas dentro de los objetivos de modernización de las Administraciones públicas, tiene su complemento en el alto grado de coordinación desplegado entre instancias públicas y los medios y técnicas puestos al servicio de la eficacia y eficiencia administrativa, que han permitido llevar a cabo con éxito el último procedimiento de regularización de extranjeros, compleja alternativa procedimental cuyo éxito, por otra parte, legitima la posterior aplicación de los rígidos criterios que están marcando las medidas de devolución, internamiento y expulsión de los extranjeros que pretenden entrar en España sin cumplir los requisitos exigidos o de aquellos otros que se encuentren en ella en situación irregular.

La prevalencia administrativa, el despliegue de los tradicionales privilegios administrativos, en contraste con la voluntad de relegar al Poder Judicial en los procedimientos administrativos de extranjería, forman parte de este complejo proceso, cuyo inicial pragmatismo era recogido por la Ley de Extranjería, aprobada con el beneplácito de todo el arco parlamentario, y que, en virtud del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo, fue objeto de afortunada neutralización por el Tribunal Constitucional, que introdujo los procedimientos administrativos en materia de extranjería en la disciplina del control jurisdiccional desde la ratio, de los Principios, Valores y Derechos Constitucionales.

Es preciso destacar la importante actividad de los Tribunales en el control de las desviaciones que la actividad administrativa ha generado en materia de extranjería, ámbito en el que las simplificaciones de procedimiento y la importante presencia de componentes discrecionales requiere tanto de la especial motivación de la actuación administrativa como del posterior control jurisdiccional. No obstante, es preciso señalar, que extranjeros y ciudadanos tiene en el Poder Judicial un punto de conexión: la deficiente estructura operativa de la Justicia, incapaz de

responder a los complejos problemas del Estado Social y Democrático de Derecho, que relativiza lo jurídico, como muestran recientes y por otra parte -es de lamentar- inevitables Autos, que se declaran impotentes ante las exigencias que para la actuación judicial supone la enorme cantidad de recursos que genera la materia de extranjería, que exige tener en cuenta que no son todos los que podrían y deberían ser objeto de recurso ante los Tribunales.

La alternativa judicial, como última referencia institucional para dirimir los conflictos en Derecho exige, para que sea viable, la previa racionalización organizativa de las Instituciones Públicas, mediante la articulación de procedimientos que contribuyan eficazmente a la consecución de los objetivos marcados por las normas. Adecuación que no cumplen los procedimientos establecidos en la Ley de Extranjería, en conflictiva coexistencia con la obsoleta Ley de Peligrosidad Social, ni la también controvertida Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. La alternativa judicial que orienta la Ley de Peligrosidad Social se contrapone a la alternativa policial que configuró la Ley de Extranjería y en la que ha reincidento la Ley de Seguridad Ciudadana.

La discrecionalidad concedida por la Ley de Extranjería a los funcionarios y autoridades administrativas, al permitir la opción alternativa, individualmente considerada, por la expulsión del territorio nacional o por la sanción pecuniaria sustitutoria o entre la expulsión o extradición, sin poder olvidar la relativización en los requisitos que la normativa vigente exige en los controles de entrada, son aspecto suficientemente demostrativos tanto de la débil textura de los propios procedimientos como de su injustificada relativización por prácticas administrativas, que se extralimitan de su condición de poder estrictamente vinculado a los mandatos de la norma jurídica.

Las aportaciones que contiene el aún Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, van a suponer un importante impulso para la adecuación

de la Ley de Extranjería y de la Ley de Seguridad Ciudadana a las premisas de procedimiento que demanda el Derecho al procedimiento administrativo y al proceso judicial, en el que la doctrina constitucional (STC 99/1985) elaborada desde el Derecho a la Defensa, exige la equiparación del extranjero al nacional y que, en secuencia temporal, integra la doctrina de que la excepción a la regla de funcionamiento normal del Derecho debe ser interpretada restrictivamente y, en todo caso, es el Orden Jurisdiccional la garantía para evitar el riesgo de un posible uso arbitrario o injustificado de las facultades administrativas de intervención (STC 115/1987).

La perfectibilidad de los procedimientos se configura como la alternativa a seguir, como lo demuestra los diferentes resultados de los dos procedimientos de regularización realizados a través de la aplicación de las previsiones de la propia Ley de Extranjería, pues mientras el primero fué un fracaso, el segundo ha terminado con éxito.

La eliminación de los riesgos que supone las decisiones unipersonales por la racionalidad que incorpora la decisión colegiada, podría contribuir a homologar nuestros procedimientos en materia de extranjería con los que aporta el Derecho comparado y al mismo tiempo permitir la desaparición de los Centros de Internamiento de Extranjeros, singularidad institucional de nuestro sistema organizativo en materia de extranjería.

La consecuente eliminación de los procedimientos sumarios, cuya desaparición no tiene porqué impedir la necesaria rapidez en la tramitación de los procedimientos, si se aplican los principios de eficacia y eficiencia postulados por la reforma del procedimiento administrativo, es parte de una precisa alternativa que tiene que contribuir a evitar la neutralización del control jurisdiccional, tanto en el ámbito nacional, como en la necesaria reforma del Tratado de la Unión Europea, en obligada consonancia con la mejor doctrina, que demanda integrar en el ámbito del Tribunal de Justicia de las Comunidades

Europeas el control de los Derechos Humanos afectados por la acción de las Instituciones comunitarias y que demanda el efectivo control de los Asuntos de Interior, objeto de una consolidada integración europea.

Las leyes del mercado y la dinámica socioeconómica que están en el origen de las emigraciones han de ser tenidas en cuenta por las respuestas públicas que se pretenden ofrecer a los movimientos emigratorios. Las medidas públicas arbitradas han de operar desde la sensibilidad de la cultura emigratoria europea y han de articularse de manera flexible, pues no deben olvidar que se trata de regular una situación que no permite rigidez normativa dado que estos movimientos son la respuesta de las comunidades sociales a hechos económicos, que además, en muchos casos, son temporales dada la atracción del propio medio cultural y social, que contribuye al retorno de quienes en un momento de su vida optan por la emigración como solución para mejorar su nivel de vida. En contraposición, el asentamiento temporal no permite excluir los procedimientos de reunificación familiar, ni olvidar la obligación de asumir, a través de líneas de acción que faciliten la asimilación social y cultural, la integración de todos o parte de los miembros del conjunto familiar. El retorno de los emigrantes a sus lugares de origen tiene, a su vez, el importante complemento derivado de los conocimientos laborales o profesionales que el emigrante aporta a su vuelta y el efecto de difusión que ello conlleva.

Desde la perspectiva de los procedimientos públicos a diseñar para ofrecer la adecuada respuesta a los problemas planteados por la emigración, se hace necesario determinar cuantitativamente las necesidades laborales o profesionales y determinar los trámites a seguir para atender de modo efectivo esas necesidades, evitando con ello incurrir en la rigidez de los procedimientos, que tienen como única consecuencia las distorsiones del mercado laboral. En esta línea, el establecimiento de cupos de emigrantes se perfila como la alternativa más eficaz, que ha sido utilizada en el sector agrícola para los cultivos de temporada, en las

prestaciones transfronterizas o como producto de Convenios internacionales en el aprovechamiento de los recursos pesqueros.

El establecimiento de cupos a la emigración y su necesaria prolongación a través de convenios con los países directamente afectados, exige, de modo previo, que las autoridades administrativas cuantifiquen, con la participación patronal y sindical, los puestos de trabajo que pueden ser cubiertos por extranjeros, acción que pueden significar una excepción a la tendencia desreguladora de la economía, pero que, con independencia de líneas de tendencia, es necesaria para evitar las situaciones derivadas de la incontrolada presión sobre las fronteras exteriores, que tienen como consecuencia riesgos para las personas difíciles de asimilar desde los valores del Estado Social y Democrático de Derecho.

El uso de fórmulas como los cupos de trabajadores, coordinadas por la Administración desde criterios empresariales, es coherente con la necesidad de ofrecer adecuada respuesta a las ofertas de trabajo que demanda nuestro sistema productivo, y permite excluir la utilización, oportunista o fraudulenta, de extranjeros forzados a la emigración en competencia desleal con otros empresarios, con la consiguiente degradación de los derechos laborales, que como derechos de la persona que son, no pueden ser objeto de relativización en sus contenidos precisados por la Constitución y por las Declaraciones Internacionales de Derechos.

El rigor en la aplicación de las previsiones de procedimiento por parte de los funcionarios encargados del control de los trámites de fronteras exteriores, en contraste con la relativización habitual de que son objeto estas medidas de control en las fronteras interiores, como consecuencia de la masificación en los tránsitos, incorpora un factor de inseguridad jurídica para los extranjeros, que por su fácil identificación con los supuestos de entrada ilegal determinante de la aplicación del procedimiento sumarisimo de devolución -con difícil prueba en contra- obligan a destacar la necesidad de lograr la adecuada normalización

jurídica, que permita neutralizar los actuales factores de inseguridad jurídica.

La tradicional vocación emigrante de los países europeos exige como mínima contrapartida, en base a una reciprocidad de carácter histórico, articular un marco jurídico e institucional que ofrezca los valores de la seguridad jurídica a los ciudadanos de países que fueron con anterioridad destino de emigración de los ciudadanos de Estados europeos y que son parte de un mercado internacional, que integra movimientos de capital con recursos naturales y humanos y cuya dinámica exige un grado de permeabilidad que solo puede aportar la libertad personal modulada por un sistema jurídico al servicio de esta premisa.

La construcción de la ciudadanía de la Unión Europea obliga a recordar su inicial y esperanzadora modestia. Exige no olvidar que los Derechos de los Ciudadanos de la Comunidad Europea son objeto de una detallada regulación para lograr su reconocimiento por los Estados Nacionales Miembros y que el eventual incumplimiento de los requisitos exigidos determina la homologación de los ciudadanos comunitarios con los nacionales de Terceros Estados, también obliga a recordar la excasa importancia cuantitativa y cualitativa en el uso, por los ciudadanos comunitarios, de las libertades de trabajo, establecimiento y residencia y la supeditación a esta última del reconocimiento de derechos políticos en las elecciones locales. En contraste, también obliga a tener muy presente que la Ciudadanía de la Unión Europea establece las bases para lograr niveles más altos en la integración institucional y socioeconómica de la Comunidad, a través de los actos mixtos de los artículos 8.A. 2 y 8. E.2 del Proyecto de Tratado de la Unión, que permiten incrementar los efectivos contenidos de la Ciudadanía de la Unión Europea -incluidos los jurisdiccionales- y dotar de la necesaria fluidez la articulación funcional entre ciudadanía y extranjería.

APENDICE JURISPRUDENCIAL

I.- Jurisprudencia Constitucional.-

Auto 420/1985, de 26 de junio. Jurisprudencia Constitucional 1985, T. XII, pp.1164.-1168.

Auto 53/1986, de 22 de enero. Jurisprudencia Constitucional 1986, T. XIV, pp. 656.

Auto 681/1987, de 3 de junio. Jurisprudencia Constitucional 1987, T. XVII, pp. 1210- 1213.

Auto 833/1987, de 1 de julio. Jurisprudencia Constitucional 1987, T. XVII, pp. 1462-1467.

Sentencia 4/1981, de 13 de febrero. Magistrado Ponente: Sr. GOMEZ-FERRER. Jurisprudencia Constitucional 1980-81, T.I, pp. 31-61

Sentencia 6/1981, de 16 de marzo. Magistrado Ponente: Sr. RUBIO LLORENTE. Jurisprudencia Constitucional 1980-81, T. I, pp. 112-126.

Sentencia 11/1981, de 8 de abril. Magistrado Ponente: Sr. DIEZ PICAZO. Jurisprudencia Constitucional 1980-81, T. I, pp.174-217.

Sentencia 25/1981, de 14 de julio. Magistrado Ponente: Sr. TRUYOL SERRA. Jurisprudencia Constitucional 1981, T. II, pp. 122-140.

Sentencia 26/1981, de 17 de julio. Magistrado Ponente: Sr. DIEZ PICAZO. Jurisprudencia Constitucional 1981, T. II, pp. 141-166.

Sentencia 15/1982, de 23 de abril. Magistrado Ponente: Sra. BEGUE CANTON. Jurisprudencia Constitucional 1982, T. III, pp. 196-209.

Sentencia 36/82, de 16 de junio. Magistrado Ponente: Sr. ESCUDERO DEL CORRAL. Jurisprudencia Constitucional 1982, T. III, pp. 438 y ss.

Sentencia 77/1982, de 20 de diciembre. Magistrado Ponente: Sr. DIEZ DE VELASCO. Jurisprudencia Constitucional 1982, T. IV, pp. 485-494

Sentencia 42/1984, de 10 de abril. Magistrado Ponente: Sr. DIEZ PICAZO. Jurisprudencia Constitucional Suplemento 1984, T. VIII, pp. 488-492.

Sentencia 83/1984, de 24 de julio. Magistrado Ponente: Sr. RUBIO LLORENTE. Jurisprudencia Constitucional 1984, T. IX, pp. 355-372.

Sentencia 107/1984, de 24 de noviembre. Magistrado Ponente: Sr. RUBIO LLORENTE, Jurisprudencia Constitucional 1984, T. X, pp. 199-210.

Sentencia 99/1985, de 30 de septiembre. Magistrado Ponente: Sr. TOMAS Y VALIENTE. Jurisprudencia Constitucional 1985, T. XIII, p. 1-11.

Sentencia 74/1987, de 25 de mayo. Magistrado Ponente: Sr. LATORRE SEGURA. Jurisprudencia Constitucional 1987, T. XVIII, pp. 197-208.

Sentencia 115/1987, de 7 de julio. Magistrado Ponente: Sr. RODRIGUEZ- PIÑERO. Jurisprudencia Constitucional 1987, T. XVIII, pp. 575-600.

Sentencia 71/1988, de 9 de abril. Magistrado Ponente: Sr. VEGA BENAYAS. Jurisprudencia Constitucional 1988, T. XX, pp. 854-862.

Sentencia 221/1988, de 24 de noviembre. Magistrado Ponente: Sra. BEGUE CANTON. Jurisprudencia Constitucional 1988, T. XXII, pp. 619-628.

Sentencia 144/1990, de 26 de noviembre. Magistrado Ponente: Sr. VEGA BENAYAS. Jurisprudencia Constitucional T. XXVIII, pp. 73-86.

Sentencia 112/1991, de 20 de mayo. Magistrado Ponente: Sr. GARCIA MON. Suplemento al BOE de 19 de junio.

Sentencia 120/1991, de 3 de junio. Magistrado Ponente: Sr. RODRIGUEZ BEREIJO. Suplemnto al BOE nº 162, de 8 de julio.

Declaración del Pleno de 1 de julio de 1992. Magistrado Ponente: Sr. GIMENO SENDRA. Suplemento al BOE nº 117, de 24 de julio.

II.- Jurisprudencia del Tribunal Supremo.-

Sentencia de 25 de octubre de 1971 (Sala 4ª). Magistrado Ponente: Sr. CORDERO TORRES. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1971, 4269).

Sentencia de 9 de febrero de 1980 (Sala 4ª). Magistrado Ponente: Sr. MARTIN DEL BURGO MERCHAN. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1980, nº989).

Sentencia de 22 de septiembre 1981 (Sala 4ª). Magistrado Ponente: SR. DIAZ EIMIL. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1981, nº 3744)

Sentencia de 15 de mayo de 1982 (Sala 4ª). Magistrado Ponente: Sr. BOTELLA TAZA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1982, nº 479).

Sentencia de 14 de junio de 1982 (Sala 4ª). Magistrado Ponente: Sr. GORDILLO GARCIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1982, nº 5410).

Sentencia de 30 de junio de 1982 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. RODRIGUEZ HERMIDA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1982, nº 3670).

Sentencia de 6 de julio de 1982 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. FERNANDEZ SANTAMARIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1982, nº 4718).

Sentencia de 2 de septiembre de 1982 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. FERNANDEZ SANTAMARIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1982, nº 4911).

Sentencia de 2 de septiembre de 1982 (Sala 3ª) Magistrado Ponente; Sr. GARRALDA VALCARCEL. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1982, nº 4914).

Sentencia de 16 de septiembre de 1982 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. GARRALDA VALCARCEL. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1982, nº 4875).

Sentencia de 29 de septiembre de 1982 (Sala 4ª). Magistrado Ponente: Sr. SANTA-OLAYA SANCHEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1982, nº 5528).

Sentencia de 30 de septiembre de 1982 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. PEREZ FERNANDEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1982, nº 4917).

Sentencia de 14 de octubre de 1982 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. RODRIGUEZ HERMIDA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1982, nº 5766).

Sentencia de 22 de octubre de 1982 (Sala 4ª). Magistrado Ponente: Sr. SANCHEZ-ANDRADE Y SAL. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1982, nº 6421).

Sentencia de 27 de octubre de 1982 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. RODRIGUEZ HERMIDA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1982, nº 5812).

Sentencia de 2 de noviembre de 1982 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. PEREZ FERNANDEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1982, nº 6944).

Sentencia de 3 de noviembre de 1982 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. GARRALDA VALCARCEL. (Repertorio Aranzadi 1982, nº 6958).

Sentencia de 5 de noviembre de 1982 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. ROLDAN MARTINEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1982, nº 6969).

Sentencia de 16 de noviembre de 1982 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. PEREZ FERNANDEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1982, nº 6967).

Sentencia de 16 de noviembre de 1982 (Sala 3ª) Magistrado Ponente: Sr. GARRALDA VALCARCEL. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1982, nº 6999).

Sentencia de 22 de diciembre de 1982 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. ROLDAN MARTINEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1982, nº 8075).

Sentencia de 18 de enero de 1983 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. FERNANDEZ SANTAMARIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1983, nº 302).

Sentencia de 21 de enero de 1983 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. FERNANDEZ SANTAMARIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1983, nº 358).

Sentencia de 21 de enero de 1983 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. RUIZ SANCHEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1983, nº 555).

Sentencia de 21 de enero de 1983 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. RODRIGUEZ HERMIDA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1983, nº 829).

Sentencia de 27 de enero de 1983 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. FERNANDEZ SANTAMARIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1983, nº 474).

Sentencia de de 31 de enero de 1983 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. ROLDAN MARTINEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1983, nº 1341).

Sentencia de 31 de enero de 1983 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. RODRIGUEZ HERMIDA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1983, nº 1342).

Sentencia de 31 de enero de 1983 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. GARRALDA VAL-CARCEL. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1983, nº 1343).

Sentencia de 13 de febrero de 1983 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. FERNANDEZ SANTAMARIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1983, nº 594).

Sentencia de 9 de marzo de 1983 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. ROLDAN MARTINEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1983, nº 6827).

Sentencia de 27 de mayo de 1983 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. RUIZ SANCHEZ.

(Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1983, nº 5559)

Sentencia de 7 de octubre de 1983 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. RODRIGUEZ HERMIDA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1983, nº 5032).

Sentencia de 31 de octubre de 1983 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. ROLDAN MARTINEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1983, nº 5295).

Sentencia de 4 de noviembre de 1983 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. FERNANDEZ SANTAMARIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1983, nº 5435).

Sentencia de 17 de noviembre de 1983 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. RUIZ SANCHEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1983, nº 5795).

Sentencia de 1 de diciembre de 1983 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. RUIZ SANCHEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1983, nº 6126).

Sentencia de 23 de febrero de 1984 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. GARRALDA VALCARCEL. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1984, nº 983).

Sentencia de 11 de abril de 1984 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. PEREZ FERNANDEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1984, nº 1919).

Sentencia de 20 de junio de 1984 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. GARRALDA VALCARCEL. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1984, nº 3415).

Sentencia de 16 de enero de 1985 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: ESPIN CANOVAS. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1985, nº 412).

Sentencia de 25 de mayo de 1985 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. FERNANDEZ SANTAMARIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1985, nº 2623).

Sentencia de 10 de junio de 1985 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. PEREZ FERNANDEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1985, nº 3619).

Sentencia de 26 de junio de 1985 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. RUIZ SANCHEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1985, 3885).

Sentencia de 13 de noviembre de 1985 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. ROLDAN MARTINEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1985, 5358).

Sentencia de 13 de diciembre de 1985 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. PEREZ FERNANDEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1985, nº 6271).

Sentencia de 20 de enero de 1986 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. SAINZ DE ROBLES RODRIGUEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1986, nº 531).

Sentencia de 26 de febrero de 1986 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. GARRALDA VALCARCEL. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1986, nº 663).

Sentencia de 12 de abril de 1986 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. PEREZ FERNADEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1986, nº 1744).

Sentencia de 16 de mayo de 1986 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. RUIZ SANCHEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1986, nº 2377).

Sentencia de 20 de mayo de 1986 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. MARTIN HERRERO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1986, nº 2387).

Sentencia de 23 de mayo de 1986 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. PEREZ FERNANDEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1986, nº 2399).

Sentencia de 26 de mayo de 1986 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. PEREZ FERNANDEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1986, nº 2662).

Sentencia de 28 de mayo de 1986 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. MARTIN HERRERO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1986, nº 2770).

Sentencia de 7 de junio de 1986 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. MARTIN DEL BURGO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1986, nº 6606).

Sentencia de 20 de junio de 1986 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. ORTOLA NAVARRRO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1986, nº 3584).

Sentencia de 10 de noviembre de 1986 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. RUIZ SANCHEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1986, nº 6646).

Sentencia de 9 de diciembre de 1986 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. PUJANTE CLARIANA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1986, nº 7117).

Sentencia de 11 de diciembre de 1986 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. ESPAÑOL LA PLANA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1986, nº 7097).

Sentencia de 26 de diciembre de 1986 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. PEREZ FERNANDEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1986, nº 7705).

Sentencia de 2 de febrero de 1987 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. MENDIZABAL ALLENDE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1987, nº 492).

Sentencia de 23 de febrero de 1987 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. FALCON GARCIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1987, nº 612).

Sentencia de 10 de marzo de 1987 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. RODRIGUEZ GARCIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1987, nº 1523).

Sentencia de 18 de marzo de 1987 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. RODRIGUEZ GARCIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1987, nº 1531).

Sentencia de 10 de abril de 1987 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1987, nº 2934).

Sentencia de 21 de abril de 1987 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. FALCON GARCIA.

(Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1987, nº 2986).

Sentencia de 21 de abril de 1987 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. HERNANDO SANTIAGO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1987, nº 2988).

Sentencia de 21 de abril de 1987 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. GONZALEZ MALLO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1987, nº 2991).

Sentencia de 22 de mayo de 1987 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. MATEOS GARCIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1987, nº 3429).

Sentencia de 26 de mayo de 1987 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. MADRIGAL GARCIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1987, nº 4495).

Sentencia de 13 de junio de 1987 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1987, nº 4197).

Sentencia de 3 de julio de 1987 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1987, nº 5198).

Sentencia de 18 de septiembre de 1987 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. SANCHEZ ANDRADE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1987, nº 6072).

Sentencia de 23 de octubre de 1987 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1987, nº 6911).

Auto de 10 de octubre de 1988 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. ROSAS HIDALGO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1988, nº 7611).

Sentencia de 21 de abril de 1988 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1988, nº 3396).

Sentencia de 18 de mayo de 1988 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. GONZALEZ MALLO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1988, nº 4175).

Sentencia de 26 de mayo de 1988 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: CARRETERO PEREZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1988, nº 4206).

Sentencia de 20 de junio de 1988 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: GARAYO SANCHEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1988, nº 4638).

Sentencia de 18 de julio de 1988 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. MATEOS GARCIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1988, nº 5638).

Sentencia de 29 de septiembre de 1988 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1988, nº 6949).

Auto de 30 de marzo de 1989 (Sala 3ª, Sección 1ª). Magistrado Ponente: Sr. GORDILLO GARCIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 2431).

Auto de 27 de octubre de 1989 (Sala 3ª, Sección 2ª). Magistrado Ponente: Sr. GONZALEZ MALLO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 9290).

Sentencia de 14 de enero de 1989 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 170).

Sentencia de 14 de enero de 1989 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. GONZALEZ MALLO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 172).

Sentencia de 20 de enero de 1989 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 218).

Sentencia de 27 de enero de 1989 (Sala 3ª) Magistrado Ponente: Sr. MARTINEZ SANJUAN. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 470).

Sentencia de 28 de enero de 1989 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 369).

Sentencia de 28 de enero de 1989 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. SANCHEZ ANDRADE Y SAL. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 400).

Sentencia de 3 de febrero de 1989 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 778).

Sentencia de 3 de febrero de 1989 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 779).

Sentencia de 3 de febrero de 1989 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 780).

Sentencia de 10 de febrero de 1989 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. CANCER LALANNE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 1000).

Sentencia de 13 de febrero de 1989 (Sala 4ª). Magistrado Ponente: Sr. GARCIA ESTARTUS. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 1111).

Sentencia de 14 de febrero de 1989 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. MARTINEZ SANJUAN. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 1261).

Sentencia de 16 de febrero de 1989 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. GARAYO SANCHEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 1066).

Sentencia de 17 de febrero de 1989 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: SR. MATEOS GARCIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 1067).

Sentencia de 17 de febrero de 1989 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. CARRETERO PEREZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 1071).

Sentencia de 20 de febrero de 1989 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. FUENTES LOJO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 1073).

Sentencia de 24 de febrero de 1989 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. CANCER

LALANNE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 1148).

Sentencia de 28 de febrero de 1989 (Sala 5ª). Magistrado Ponente: Sr. GARAYO SANCHEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 1161).

Sentencia de 3 de marzo de 1989 (Sala 3ª, Sección 2ª). Magistrado Ponente: Sr. CARRERERO PEREZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 1766).

Sentencia de 3 de marzo de 1989 (Sala 3ª, Sección 2ª). Magistrado Ponente: Sr. CARRERERO PEREZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 1767)

Sentencia de 6 de marzo de 1989 (Sala 3ª, Sección 2ª). Magistrado Ponente: Sr. CARRERERO PEREZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 1943).

Sentencia de 15 de marzo de 1989 (Sala 3ª, Sección 2ª). Magistrado Ponente: Sr. FALCON GARCIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 2096).

Sentencia de 21 de marzo de 1989 (Sala 3ª, Sección 2ª). Magistrado Ponente: Sr. FUENTES LOJO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 2114).

Sentencia de 12 de julio de 1989 (Sala 3ª, Sección 2ª). Magistrado Ponente: Sr. ROSAS HIDALGO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 5350).

Sentencia de 20 de octubre de 1989 (Sala 3ª, Sección 2ª). Magistrado Ponente: Sr. GONZALEZ MALLO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 7256).

Sentencia de 18 de diciembre de 1989 (Sala 3ª, Sección 8ª). Magistrado Ponente: Sr. MATEOS GARCIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 8975).

Sentencia de 20 de diciembre de 1989 (Sala 3ª, Sección 8ª). Magistrado Ponente: Sr. GONZALEZ MALLO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1989, nº 9873).

Auto de 16 de octubre de 1990 (Sala 3ª, Sección 9ª). Magistrado Ponente: Sr. CANCER LALANNE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 7732).

Auto de 20 de diciembre de 1990 Sala 3ª, Sección 5ª). Magistrado Ponente: Sr. GONZALEZ NAVARRO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 10412).

Auto de 26 de diciembre de 1990 (Sala 3ª, Sección 8ª). Magistrado Ponente: Sr. MATEOS GARCIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 10053).

Sentencia de 24 de enero de 1990 (Sala 3ª, Sección 9ª). Magistrado Ponente: Sr. CANCER LALANNE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 95).

Sentencia de 27 de febrero de 1990 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. MORENO MORENO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 783)

Sentencia de 28 de febrero de 1990 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. MORENO MORENO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 784)

Sentencia de 15 de marzo de 1990 (Sala 3ª, Sección 9ª). Magistrado Ponente: Sr. RODRIGUEZ CASAS. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 2507)

Sentencia de 9 de abril de 1990 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. FUENTES LOJO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 2828).

Sentencia de 30 de abril de 1990 (Sala 3ª, Sección 8ª). Magistrado Ponente: Sr. DURET ABELEIRA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 3360).

Sentencia de 5 de mayo de 1990 (Sala 3ª, Sección 8ª). Magistrado Ponente: Sr. GARAYO SANCHEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 3776).

Sentencia de 7 de mayo de 1990 (Sala 3ª, Sección 8ª). Magistrado Ponente: Sr. SANZ BAYON. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 3802).

Sentencia de 16 de mayo de 1990 (Sala 3ª, Sección 9ª). Magistrado Ponente: Sr. CANCER LALANNE). (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 4113).

Sentencia de 18 de mayo de 1990 (Sala 3ª, Sección 8ª). Magistrado Ponente: sr. SANZ BAYON. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 4907).

Sentencia de 18 de mayo de 1990 (Sala 3ª, Sección 8ª). Magistrado Ponente. Sr. DURET ABELEIRA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 3997).

Sentencia de 18 de mayo de 1990 (Sala 3ª, Sección 8ª). Magistrado Ponente. Sr. DURET ABELEIRA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 3999).

Sentencia de 28 de mayo de 1990 (Sala 3ª, Sección 8ª). Magistrado Ponente: Sr. SANZ BAYON. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 4910).

Sentencia de 1 de junio de 1990 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. CONDE MARTIN DE HIJAS. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 4868).

Sentencia de 5 de junio de 1990 (Sala 3ª, Sección 8ª). Magistrado Ponente: Sr. DURET ABELEIRA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 4694).

Sentencia de 10 de junio de 1990 (Sala 3ª, Sección 8ª). Magistrado Ponente: Sr. DURET ABELEIRA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 4071).

Sentencia de 25 de junio de 1990 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. FUENTES LOJO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 4687).

Sentencia de 7 de julio de 1990 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. CONDE MARTIN DE HIJAS. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 5815).

Sentencia de 12 de julio de 1990 (Sala 3ª, Sección 9ª). Magistrado Ponente: Sr. BURON BARBA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 5997).

Sentencia de 24 de julio de 1990 (Sala 3ª, Sección 9ª). Magistrado Ponente: Sr. GONZALEZ MALLO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 6339).

Sentencia de 24 de julio de 1990 (Sala 3ª, Sección 9ª). Magistrado Ponente: Sr.

CANCER LALANNE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 6340).

Sentencia de 18 de septiembre de 1990 (Sala 3ª, Sección 9ª). Magistrado Ponente: Sr. CANCER LALANNE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 6951).

Sentencia de 21 de septiembre de 1990 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. MORENO MORENO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 6847).

Sentencia de 24 de octubre de 1990 (Sala 3ª, Sección 9ª). Magistrado Ponente: Sr. BURON BARBA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 7789).

Sentencia de 29 de octubre de 1990 (Sala 3ª, Sección 8ª). Magistrado Ponente: Sr. SANZ BAYON. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 9041).

Sentencia de 15 de noviembre de 1990 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. FUENTES LOJO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 8480).

Sentencia de 18 de noviembre de 1990 (Sala 3ª, Sección 8ª). Magistrado Ponente: Sr. HERNANDO SANTIAGO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 8632).

Sentencia de 19 de noviembre de 1990 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. CONDE MARTIN DE HIJAS. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 8486).

Sentencia de 20 de noviembre de 1990 (Sala 3ª, Sección 8ª). Magistrado Ponente: Sr. GARAYO SANCHEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 9129).

Sentencia de 22 de noviembre de 1990 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. FUENTES LOJO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 9697).

Sentencia de 13 de diciembre de 1990 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. ROSAS HIDALGO (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1990, nº 10452).

Auto de 14 de marzo de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente GONZALEZ MALLÓ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 2282).

Auto de 8 de mayo de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. CANCER LALANNE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 4027).

Auto de 22 de mayo de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. CANCER LALANNE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 4258).

Auto de 6 de junio de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. TRILLO TORRES. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 4940).

Auto de 24 de octubre de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. CANCER LALANNE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 7788).

Sentencia de 23 de enero de 1991. (Sala 3ª, Sección 6ª). Magistrado Ponente: Sr. GARAYO SANCHEZ. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 332).

Sentencia de 24 de enero de 1991. (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. GONZALEZ MALLO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 428).

Sentencia de 7 de febrero de 1991 (Sala 3ª, Sección 6ª). Magistrado Ponente: Sr. HERNANDO SANTIAGO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 1035)

Sentencia de 22 de febrero de 1991. (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. SANZ BAYON. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 1504)

Sentencia de 23 de febrero de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. CONDE MARTIN DE HIJAS. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 1364).

Sentencia de 31 de febrero de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. CANCER LALANNE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 1370).

Sentencia de 4 de marzo de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. MURILLO MARTIN DE LOS SANTOS. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 2101).

Sentencia de 4 de marzo de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. BURON BARBA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 2098).

Sentencia de 4 de marzo de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. SANCHEZ ANDRADE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 2099).

Sentencia de 7 de marzo de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. MURILLO MARTIN DE LOS SANTOS. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 2183).

Sentencia de 18 de marzo de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. CANCER LALANNE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 2288).

Sentencia de 18 de marzo de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. GONZALEZ MALLO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 3182).

Sentencia de 16 de abril de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. SANCHEZ ANDRADE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 3221).

Sentencia de 17 de abril de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: CONDE MARTIN DE LAS HIJAS. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 3228).

Sentencia de 19 de abril de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. SANCHEZ ANDRADE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 3306).

Sentencia de 23 de abril de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: SANCHEZ ANDRADE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 3319).

Sentencia de 29 de abril de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: SANCHEZ ANDRADE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 3359).

Sentencia de 3 de mayo de 1991 (Sala 3ª, Sección 6ª). Magistrado Ponente: Sr. MATEOS GARCIA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 3813).

Sentencia de 4 de mayo de 1991 (Sala 3ª, Sección 6ª). Magistrado Ponente: Sr.

MARTIN DEL BURGO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 3801).

Sentencia de 30 de mayo de 1991 (Sala 3ª, Sección 1ª). Magistrado Ponente: Sr. GARCIA MANZANO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 3905).

Sentencia de 1 de junio de 1991. (Sala 3ª, Sección 6ª). Magistrado Ponente: Sr. FUENTES LOJO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 4603).

Sentencia de 13 de junio de 1991 (Sala 3ª, Sección 4ª). Magistrado Ponente: Sr. RODRIGUEZ ZAPATERO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 5286).

Sentencia de 1 de julio de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. BURON BARBA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 6616).

Sentencia de 10 de julio de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. CANCER LALANNE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 7579).

Sentencia de 18 de julio de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: CANCER LALANNE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 6737).

Sentencia de 18 de julio de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: SANCHEZ ANDRADE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 6738).

Sentencia de 24 de septiembre de 1991 (Sala 3ª, Sección 4ª). Magistrado Ponente: Sr. RODRIGUEZ ZAPATERO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 6865).

Sentencia de 2 de octubre de 1991 (Sala 3ª, Sección 6ª). Magistrado Ponente: Sr. ROSAS HIDALGO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 7619).

Sentencia de 8 de octubre de 1991 (Sala 3ª). Magistrado Ponente: Sr. MARIN SANJUAN. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 8043).

Sentencia de 10 de octubre de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. CANCER LALANNE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 7579).

Sentencia de 4 de noviembre de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. BURON BARBA. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 8875).

Sentencia de 12 de noviembre de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. TRILLO TORRES. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 8878).

Sentencia de 12 de noviembre de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. SANCHEZ ANDRADE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 8879).

Sentencia de 22 de noviembre de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. FUENTES LOJO. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 9697).

Sentencia de 10 de diciembre de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. CONDE MARTIN DE LAS HIJAS. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 9249).

Sentencia de 18 de diciembre de 1991 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. SANCHEZ ANDRADE. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1991, nº 9338).

Sentencia de 31 de enero de 1992 (Sala 3ª, Sección 7ª). Magistrado Ponente: Sr. MURILLO MARTIN DE LOS SANTOS. (Repertorio Aranzadi Jurisprudencia 1992, nº 119).

III.- Jurisprudencia del Tribunal de la Comunidades Euro- peas.

Sentencia de 12 de febrero de 1974 (SOTGIU, causa 152/73). Rec., 1974, pp. 153 y ss.

Sentencia de 12 de junio de 1974 (REYNERS, causa 2/74). Rec., 1974, pp. 631 y ss.

Sentencia de 4 de diciembre de 1974 (VAN DUYN causa 41/74). Rec., 1974, pp. 1337 y ss.

Sentencia de 17 de diciembre de 1974 (BNO Walrave LUN Koch/ Association Union Cycliste International, causa 36/74) Rec., 1974, pp. 1405 y ss.

Sentencia de 28 de octubre de 1975 (RUTILI, causa 36/75). Rec., 1975, pp. 1219 y ss.

Sentencia de 8 de abril de 1976 (ROYER, causa 48/75). Rec., 1976, pp. 487 y ss.

Sentencia de 7 de julio de 1976 (WATSON, causa 118/75). Rec., 1976, pp. 1183 y ss.

Sentencia de 14 de julio de 1976 (Gaetano DONA/ Mario MONTERO, causa 13/76). Rec., 1976, pp. 1333 y ss.

Sentencia de 14 de julio de 1977 (SAGULO, BRENCIA y BAKHOUCHE, causa 8/77). Rec., 1977, pp. 1495 y ss.

Sentencia de 27 de octubre de 1977 (BOUCHERAU, causa 30/77). Rec., 1977, pp. 1999 y ss.

Sentencia de 5 de marzo de 1980 (Pecansting, causa 98/79). Rec., 1980, pp. 691 y ss.

Sentencia de 3 de julio de 1980 (S. PIECK, causa 157/79). Rec., 1980, pp. 2170 y ss.

Sentencia de 17 de diciembre de 1980 (Comisión/Reino de Bélgica, causa 149/79). Rec., 1980, pp. 3881.

Sentencia de 23 de marzo de 1982 (LEVIN, causa 53/81). Rec., 1982, pp. 1050 y ss.

Sentencia de 18 de mayo de 1982 (ADOUJ y CORNUAILLE, causa 115 y 116/81). Rec., 1982., pp. 1665 y ss.

Sentencia de 31 de abril de 1984 (LUISI y CARBONE, causa 286/82 y 22/83). Rec., 1984, pp. 377 y ss.

Sentencia de 17 de abril de 1986 (E. Neerlandes/ D.F. REED, causa 59/85). Rec., 1986, pp. 1283 y ss.

Sentencia de 9 de julio de 1987 (Alemania, Francia, Reino Unido, Países Bajos y Dinamarca /Comisión).Rec., 1987, pp. 3206 y ss.

Sentencia de 25 de febrero de 1988 (Comisión/ Alemania, causa 427/85). Rec. 1988, pp. 1123 y ss.

Sentencia de 21 de junio de 1988 (Steven Malcolm BROUWN/ Secretary of Stole Scotland, causa 197/86).Rec. 1988, pp. 3205 y ss.

Sentencia de 21 de junio de 1988 (S. LAIR/Universidad de Hannover, causa 39/86). Rec. 1988, pp. 3161 y ss.

Sentencia de 2 de febrero de 1989 (COWAN, causa 186/87). Rec., 1989, pp. 195 y ss.

Sentencia de 31 de enero de 1991 (Oficina nacional de empleo (ONEM) contra Bahía Kziber, causa 18/90). Rec. 1991, pp. 199 y ss.

Sentencia de 26 de febrero de 1991 (causa 292/89). Rec., 1991, pp.745 y ss.

Sentencia de 5 de marzo de 1991 (causa 376/89). Rec., 1991, pp.1069 y ss.

Sentencia de 7 de julio de 1992 (causa 370/90). Aún sin publicar.

BIBLIOGRAFIA.

ABARCA JUNCO, P. : "Nacionalidad y extranjería en la nueva Constitución", en Lecturas sobre la Constitución Española. Vol.II. UNED, Madrid 1978, pp. 349-364.

ABELLAN HONRUBIA, V. : "Medidas generales para el establecimiento de personas físicas en la Comunidad Europea" en «Revista de Instituciones Europeas», 1974, pp. 611-619.

ABELLAN HONRUBIA, V. : "Medidas específicas para la libertad de establecimiento en cada sector de actividad" en «Revista de Instituciones Europeas», 1974, pp. 1121-1136.

ABELLAN HONRUBIA, V. : "Excepciones a la libertad de establecimiento en la CEE" en «Revista de Instituciones Europeas», 1975, pp.371-389.

ABELLAN HONRUBIA, V.: "Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, en la CEE" en «Revista Jurídica de Cataluña», nº 2 (1985), pp. 295-300.

ABELLAN HONRUBIA, V.: "La libertad de circulación de trabajadores" en Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio Sistemático desde el Derecho Español, Ed. Civitas, Madrid 1986, T.II, pp. 99-146.

ABELLAN HORUBIA, V. : "EL derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios en la CEE", en Estudios de Derecho Comunitario Europeo, Consejo General del Poder Judicial , Madrid 1989, pp. 327-365.

ABRAHAM, R. : "La legalité des décisions de reconduit des étrangers à la frontière. Conclusions sur Conseil d'Etat 23 fevrier 1990, M. SIOUI", en «Revue français de Droit Administratif», 1990, 6(4), pp. 525-536.

ADAM MUÑOZ, M^a D. : "La condición jurídica de los extranjeros en la Constitución de 1978. Análisis del artículo 13.1", en La evolución de los Derechos en los últimos diez años, Ed. Tecnos, Universidad de Málaga, 1992, pp. 447-459.

ADAMOVICH, L. : "Marge d'appréciation du législateur et principe de proportionnalité dans l'appréciation des «restrictions prévues par loi» au regard de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ", en «Revue Trimestrielle des Droits Humains», 1991 (n^o7), pp. 291-300.

ADINOLFI, A.: "La nuova normativa sul collocamento dei lavoratori stranieri" en «Rivista de Diritto Internazionale», n^o1 (1987), pp.73-110.

AGUIRREAZKUENAGA, I. : La coacción administrativa, Ed. Civitas IVAP, Madrid 1990.

ALCALA-ZAMORA CASTILLO, N. : "La protección procesal internacional de los Derechos Humanos", en Veinte años de evolución de los Derechos Humanos, UNAM, México 1974, pp. 275-369.

ALONSO, A.: España en el Mercado Común. Del Acuerdo del 70 a la Comunidad de los Doce, Ed. Espasa Calpe, Madrid 1985.

ALONSO CORTES, A.: "Hacia un concepto del Derecho de Petición", en «Documentación Administrativa», n^o86 (1985), pp. 54-66.

ALONSO GARCIA, E. : "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española", en «Revista de Administración Pública», n^o 100-102 (1982), pp. 21-93.

ALONSO GARCIA, E. : "La incidencia en el ordenamiento constitucional español de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, como puesta en práctica del artículo 93 de la Constitución", en Tratado de Derecho Comunitario, Ed. Civitas, Madrid 1986, T. I., pp. 355-384.

ALONSO GARCIA, R. : Tratado de la Unión Europea, Estudio preliminar, Cívitas, Serie Menor, Madrid 1992.

ALVAREZ RODRIGUEZ, A. : "Nota" sobre Jurisprudencia de extranjeros, en «Revista Española de Derecho Internacional», 1984, pp.621-628

ALVAREZ RODRIGUEZ, A. : "Nota" sobre Jurisprudencia de extranjeros, en «Revista Española de Derecho Internacional», 1986, pp. 208-213.

ALVAREZ RODRIGUEZ, A. : "Validez profesional de los títulos académicos obtenidos por extranjeros en España", en LA LEY, 1 de julio de 1988, pp.1-5.

ALVAREZ RODRIGUEZ, A. : Nacionalidad y emigración, Ed. LA LEY, Madrid 1990.

ALZAGA VILLAAMIL, O. : La Constitución Española de 1978. Comentario sistemático, Ediciones del Foro, Madrid, 1978.

ANDRES IBAÑEZ, P. : Justicia /Conflicto, Ed. Tecnos, Madrid 1988.

ANDRES SAENZ DE SANTAMARIA, M. P. : "Nota" Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en «Revista Española de Derecho Internacional», 1983, pp.120-124.

APRELL LASAGABASTER, M^a C. : "Expulsión de extranjeros y control de la discrecionalidad administrativa", en «Revista de Administración Pública», nº 114 (1987), pp. 253-257.

APRELL LASAGABASTER, M^a C. : "El control judicial de la discrecionalidad administrativa en materia de nacionalidad", en «Revista Española de Derecho Administrativo», nº 57 (1988), pp. 89-92.

APRELL LASAGABASTER, M^a C. : "Libre Prestación de Servicios por los Abogados. Regla de exclusividad territorial. Comentario a la Sentencia del TJCE de 25 de febrero

de 1988, causa 427/85", en «Revista de Instituciones Europeas». 1988, pp. 501-517.

APRELL LASAGABASTER, M^o C. : "Principio de Igualdad y condición del extranjero. Posición del Tribunal Constitucional", en XI Jornadas de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, (Madrid mayo 1989). El Principio de Igualdad en la Constitución Española, Madrid 1991, pp. 437-456

ARNALDO ALCUBILLA, E. : "El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales", en «Revista Española de Derecho Constitucional», nº 34 (1992), pp. 67-97.

ARJONA COLOMO, M.: «Extranjero», en Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX, T. IX Barcelona 1958.

ARROYO MONTERO, R. : "Nota" Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en «Revista Española de Derecho Internacional», 1987, pp. 159-161.

ASIS ROIG, A. : "La Ley como fuente del Derecho en la Constitución de 1978", en Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, T. I, Del Ordenamiento Jurídico, Ed. Civitas, Madrid 1991, pp. 169-218.

AUBERTIN, CH. : "Les associations en Droit International Privé Français après l'abrogation du titre IV de la Loi du 1 juillet 1901 par la Loi du 9 octobre 1981", en «Journal du Droit International (Clunet)», 1983, pp. 453-575.

AURENCHÉ, G. : "La lutte contre l'attitude discriminatoire dans la construction juridique des droits de l'homme", en Colloque Franco-Suedois sur "Les nouveaux enjeux des droits de l'homme", Stockholm 20-21 avril 1989, en «Revue de Droit Public», 1990, sep-oct., pp. 1297-1308.

BAENA del ALCAZAR, M. : La libre circulación de profesionales en Europa y su incidencia en España, Centro de Publicaciones, Secretaría General Técnica, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid 1987.

BAÑO LEON, J.M. : "La igualdad como derecho público subjetivo", en «Revista de Administración Pública, nº 114 (1987), pp. 179-199.

BATTAGLIA, F. : "Los Derechos Fundamentales del hombre, del ciudadano y del trabajador: esencia, evolución y perspectivas", en Estudios de Teoría del Estado, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1966.

BATIFFOL, H. y LAGARDE, P. : Droit International Privé, LGDJ, Bruxelles 1981, T. I y Apéndice al mismo, publicado el 15 de junio de 1983.

BEAUD, O. : "Le Droit de vote des étrangers: l'apport de la jurisprudence constitutionnelle allemande à une théorie du droit de suffrage", en «Revue Française de Droit Administratif», 1992, 8(3), pp. 409-424.

BELLOCH, J. A. : "Los Derechos del «extranjero»: su internamiento preventivo y su homologación judicial", en Privación de Libertad y Derechos Humanos. Jornadas organizadas por Jueces para la Democracia (Barcelona 17 y 18 de octubre 1987). Barcelona 1987.

BEN JELLOW, T. : "Apostar por la integración", en Las nuevas invasiones, Temas de Nuestra Epoca, Suplemento World Media, El País 20 de junio de 1991, p. 20.

BERMEJO VERA, J. y DELGADO ECHEVERRIA, J. : "Comentario al artículo 4", en Comentarios al Estatuto de Autonomía de Aragón, IEAL, Madrid 1985.

BERMEJO VERA, J. : "El «Interés General» como parámetro de la Jurisprudencia Constitucional", en De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho (dir. Lorenzo MARTIN-RETORITLLO BAQUER), Zaragoza 1985, pp. 391-429.

BETANCOR RODRIGUEZ, A. : El acto ejecutivo, CEC, Madrid 1992.

BETTATI, M. : L'asile politique en question, PUF, Paris 1985.

BINDI, M.: "Visto d'ingresso e autorizzazione al soggiorno degli stranieri", en «Rivista di Diritto Internazionale», 1985, pp. 757-781.

BISCONTINI, G. : Diritto Amministrativo Internazionale. T. II, CEDAM, Padova. 1966.

BLONDEL, : Voz "Expulsión", en Repertoire de Droit International . T. VIII, Paris 1930, pp. 170 y ss.

BODY-GENDROT, S.; HELLENCOURT, B. y RANCOULE, M.: "Entre interdit: la législation sur l'immigration en France, au Royaume Uni et aux Etats-Unis", en «Revue Française de Science Politique», 1989, pp. 50-73.

BOECK, Ch. de : "L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique" en «Rec. des Cours», 1927. III, pp. 447-627.

BOIXAREU, A. : "Las profesiones jurídicas en la directiva relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior", en «Gaceta Jurídica de la CEE», Boletín nº 67, B. 44, pp. 3-9.

BONCHOT, J.-C. : "Le probleme de l'autorité parentale et l'expulsion des étrangers", en «Revue Française de Droit Administratif», nº2 (1986), pp. 155- 162.

BORRAJO INIESTA, I. : "Las libertades de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma", en Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio Sistemático desde el Derecho Español, Ed. Civitas, Madrid 1986.

BORRAJO INIESTA, I. : "El status constitucional de los extranjeros", en Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, T. II, De los Derechos y y Deberes Fundamentales, Ed. Civitas, Madrid 1991, pp. 697-766.

BOSSUYT, M. : "Pour une politique intégrée en matière de réfugiés mieux adaptée aux circonstances actuelles", en «Revue trimestrielle des Droits Humains», nº 3 (1990), pp. 257-266.

CABEC, R. le: "L'expulsion des étrangers aux termes de l'Ordonnance du 2 novembre 1945 et le Decret 18 mars 1946", en «Revue Critique de Droit International Privé», 1948, pp. 235 -451.

CALVO CARAVACA, A.L. y CASTILLO RIGABERT, F. : "El extranjero ante el Recurso Constitucional de Amparo", en LA LEY 1982-2, pp. 824-831.

CANO MATA, A. : El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional, EDERSA, Madrid 1983.

CANO MATA, A. : Las infracciones administrativas en la Doctrina del Tribunal Constitucional, EDERSA, Madrid 1984.

CARDONA TORRES, J. : "Regimen Jurídico -laboral del extranjero en España", Ed.Bosch, Barcelona 1985.

CARRASCO CANALS, C. : "Derecho Administrativo. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas" en Introducción a los Derechos Fundamentales, X Jornadas de Estudio, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (Madrid, mayo 1988), Secretaría General Técnica , Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid 1989, pp. 407-455.

CARRETERO PEREZ, A. : "Los Derechos Fundamentales de los extranjeros en España. Principios Generales", en Introducción a los Derechos Fundamentales, X Jornadas de

Estudio, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, (Madrid, mayo 1988), Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid 1989, pp. 457-482.

CASCAJO CASTRO, J.L.; GÓMEZ TORRES, C. y PEREZ LUÑO, A.E. : Los Derechos Humanos. Significación, Estatuto Jurídico y Sistema, Universidad de Sevilla 1979.

CASES, J. I. : "Comentario al artículo 42", en Comentarios a Leyes Políticas. Constitución Española de 1978, (dir. O. Alzaga Villaamil), EDERSA, Madrid. 1984, pp. 110-146.

CASSIN, R. : "EL problema de las realización efectiva de los Derechos Humanos en la Sociedad Universal", en Veinte años de evolución de los Derechos Humanos, UNAM, México 1974, pp. 387-398.

CASSIN, R. : "Protección nacional e internacional de los Derechos Humanos", en Veinte años de evolución de los Derechos Humanos, UNAM, México 1974, pp. 399-408.

CASTELL ARTECHE, J. M. : El derecho de libre desplazamiento y el pasaporte en España. Madrid. 1974.

CASTRO, F. : "Los proyectos de Convenio para suprimir o reducir la apatridia", en «Revista Española de Derecho Internacional», 1959, pp. 87-99

CASTRO CID, B. : "Los Derechos sociales: Análisis sistemático", en Derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los Derechos Humanos, Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, Murcia 1978, pp. 11-33.

CEDEIRAS CHECA, R. : "Derechos y Libertades de los extranjeros en España", en Introducción a los Derechos Fundamentales. X Jornadas de Estudio, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (Madrid, mayo 1988), Secretaría General Técnica , Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid 1989, pp. 441-456.

CESARI, J. : "Les musulmans à Marseille: enjeux d'une reconnaissance politique", en POUVOIRS, nº47 (1988), pp. 123-132.

CLAVERO, B. : "Behetría 1255-1356. Crisis de una Institución de Señorío y de la formación de un Derecho regional en Castilla", en «Anuario de Historia del Derecho Español, 1974, pp. 201- 343.

COBO DEL ROSAL: "Comentarios al artículo 13.4", en Comentarios a la Constitución Española de 1978, (dir. O. Alzaga), T.II, EDERSA, Madrid 1984, pp. 253-261.

CONSTANTINESCO, J.-L. : "Il lavoratore straniero como sogetto giuridico nello CEE", en «Rivista de Diritto Interanzionale e Comparato del Lavoro», nº 2 (1976), pp. 273 y ss.

CONSTITUCION ESPAÑOLA. Trabajos Parlamentarios. Tomo I, II, III y IV. Cortes Generales. Servicio de Estudios y Publicaciones . 1980.

COSCULLUELA MONTANER, L. : "Acción Pública en materia urbanística", en «Revista de Admnsitración Pública», nº 71(1973), pp. 9-57.

COSCULLUELA MONTANER, L. : "Las Elecciones Locales", en Tratado de Derecho Municipal, (dir. S. Muñoz Machado), T. I, Ed. Civitas, Madrid 1988, pp. 687-739.

CRAYENCOUR, J.P. : Comunidad Europea y libre circulación de profesionales liberales, Convalidación de diplomas. Luxemburgo 1982.

CRUZ VILLALON, J. : "La libre circulación de trabajadores comunitarios en España durante el periodo transitorio", en Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la Integración de España en la Comunidad Europea. V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones laborales (Sevilla 15 y 16 de diciembre de 1986). Madrid 1987, pp.413-457.

CHINCHILLA MARIN, C. : La desviación de poder, Ed. Civitas, Madrid 1989.

CHINCHILLA MARIN, C. : La tutela cautelar en la justicia administrativa, Ed. Civitas, Madrid 1991.

DARANAS, M. Las Constituciones Europeas, 2 vol, Madrid 1979

DASSETO, F. : "¿Euroislam?", en Las nuevas Invasiones, Temas de Nuestra Epoca, Suplemento World Media, el País 20 de junio de 1991, p. 14.

DESOLRE, G. : "Competence de la Communauté en général et de la Commission en particulier en matière de politique migratoire vis-a-vis des Etats Tiers", en «Cahiers de Droit Européen», nº 3-4 (1990), pp. 452-465.

DIEZ de VELASCO VALLEJO, M. : Instituciones de Derecho Internacional Público, Ed. Tecnos, Madrid 1986. T.I, pp. 439.

D'ORS, A. : Epigrafía jurídica de la España Romana, Madrid 1953.

DRUESNE, G. : "La liberté de circulation des personnes dans la CEE et les "emplois dans l'administration publique" (sur l'arrêt du 17 decembre 1980 de la Cour de Justice des Communautés Européennes) en «Revue Trimestrielle de Droit Européen», 1981, pp. 286 y ss.

DRUESNE, G. : "Liberté de prestation des services et travailleurs salariés", en «Revue Trimestrielle de Droit Européen», 1982, pp. 75 -81.

DRUESNE, G. : "Liberté de circulation des personnes l'ordre public, à nouveau: comme la punition des filles de Danaos?", en «Revue Trimestrielle de Droit Européen», 1982, pp. 706-722.

DRZEMCZEWSKI, A. : "La situation des étrangers a l'égard de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", en Actes du Colloque sur Le Droits de l'Homme des étrangers en Europe. (17-19 octobre 1983. Funchal, Madère). Estrasburgo 1985.

DUBOIS, L. : "Le juge administratif français et les mesures de police prises à l'encontre des étrangers", en «Revue Critique de Droit International Privé», 1976, pp. 301-318.

DUBOIS, L. :Comentario a la Sentencia de 8 de abril de 1976, aff. ROYER., en «Revue Critique de Droit Interantional Privé», 1977, pp. 554-561.

DUBOIS, L; "L'ouverture de la fonction publique aux ressortissants des autres Etats membres de la Communauté Européen. Le législateur entre juge communautaire et juge constitutionnel", en «Revue Français de Droit Administratif», 1991, 7(6), pp. 902-907.

DURAN LOPEZ, F. : Libertad de circulación y de establecimiento en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE, Ed. LA LEY, Madrid 1986.

DURAN LOPEZ, F. : "La libre circulación de trabajadores", en Contrato de trabajo y :formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la Integración de España en la Comunidad Europea. V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones laborales (Sevilla 15 y 16 de diciembre de 1986). Madrid 1987, pp. 365-413.

ECHAZARRETA FERRER, M^a T. : "Nota" Jursiprudencia del Tribunal Supremo, en «Re-
vista Española de Derecho Internacional», 1983, pp. 490-494.

EMBID IRUJO, A. : "El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado", en El Tribunal Constitucional, Dirección General de lo Contencioso del Estado, IEF, Madrid 1981, Vol. I, pp. 902-927.

EMBID IRUJO, A. : Las libertades en la enseñanza. Madrid 1983.

EMBID IRUJO, A. : "El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado", en El Tribunal Constitucional, Dirección General de lo Contencioso del Estado, IEF, Madrid 1981, pp. 902-927.

ESCRICHE, J. : Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia, Tomo Segundo, Madrid 1839, idem, segunda edición, Madrid 1847 y Tomo Tercero, tercera edición, Madrid 1874.

ESCUIN PALOP, V. : "Actuaciones judiciales protectoras de los Derechos de los ciudadanos frente a la Administración Pública", en «Poder Judicial», nº 2 (1991), pp. 9-20.

ESCUIN PALOP, V. : Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates nº 27, Madrid 1991.

ESPADAMOS, M^{ra} L. y MOYA ESCUDERO, M. : "La ley reguladora del asilo y condición del refugiado de 26 de mayo de 1984 ¿Nacionalismo o internacionalismo?", en «Revista de Estudios Internacionales», 1985, pp. 73-110.

ESPINAR VICENTE, J.M. : La extranjería en el Sistema Español de Derecho Internacional Privado, Universidad de Granada 1987.

ESTRADA CARRILLÓ, V. : Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería, Ed. Trivium, Madrid 1989.

ETIENNE, B. : "Le cas de Marseille", en POUVOIRS, nº47 (1988), pp. 115-122.

FALTONI, P. : "La Inmunità dei familiari degli agenti diplomatici nel Diritto Internazionale Generale", en «Rivista de Diritto Internazionale», 1985, pp. 544-562.

FANLO LORAS, A. : "La Ley italiana de 7 de agosto de 1990, de nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de acceso a los documentos administrativos", en «Revista de Administración Pública», nº 124 (1991), pp. 461-481.

FATOU, R. : "Note" au Congrès National de Sociétés de Patronage (15-17 juin 1933), en «Nouvelle Revue de Droit International Privé» 1934, pp. 143-148.

FAUGUERE, J.-P. : "La decision de reconduit à la frontière et le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Conclusions sur Conseil d'Etat Asssemblée 20 juin 1990, (2 espèces), Prefet de Doubs et M. Imambaecus", en «Revue Française de Droit Administratif» 1990, 6(4), pp. 536-543

FEDERICO MANCINI, G. : "La incorporación del Derecho Comunitario en el Derecho interno de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas", en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», nº 73 (1987-88), pp. 95-111.

FERNANDEZ FARRERES, G. : Asociaciones y Constitución, Ed. Civitas, Madrid 1987.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R. : Los derechos históricos de los territorios forales, Ed. Civitas, Madrid 1988.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. : "Arbitrariedad y discrecionalidad", en Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor Eudardo García de Enterría, T. III, La Corona, Las Cortes Generales, Del Gobierno y de la Administración Pública, Ed. Civitas, Madrid 1991, pp. 2255-2310.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R. : Arbitrariedad y discrecionalidad, Ed. Civitas, Madrid 1991.

FERNANDEZ ROZAS, J.C. : "La protección internacional de los Derechos humanos y su proyección en el orden jurídico interno", en Política y Derechos Humanos, Seminario

de Filosofía del Derecho, Ed. Fernando Torres, Valencia 1976, pp. 103-127.

FERNANDEZ ROZAS, J.C. : "Nacionalidad, vecindad civil y vecindad administrativa: consideraciones sobre el desarrollo constitucional", en «Revista Española de Derecho Internacional», 1981, pp. 144-159.

FERNANDEZ ROZAS, J.C. y ALVAREZ GONZALEZ, S. : "La nacionalidad ante la jurisdicción contenciosa-administrativa", en «LA LEY», 1987, T. 2, pp. 309-322.

FERNANDO PABLO, M. : "Sobre la cláusula de orden público en materia de nacionalidad", en «Revista de Administración Pública», nº 120 (1990).

FERRER PEÑA, R. M. : Los Derechos de los extranjeros en España, Ed. Tecnos, Madrid 1989

FERRER SANCHIS, P. : "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la Constitución Española", en Lecturas sobre la Constitución Española, UNED, T. II, Madrid 1978, pp. 323-335.

FERRER SANCHIS, P. : "Comentario al artículo 4 ", en Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, IEAL, Madrid 1985.

FORMICA, R. : "L'inmigrazione dei paesi extracomunitari: problemi, provvedimenti e prospettive", en «Mezzogiorno d'Europa». 1988, pp. 495-505.

FRANÇOIS, J. P. A. : "Le problème des apatrides", en «Rec. des Cours». 1935. T. 53, pp. 287-375

FRUTOS GOMEZ, J.M. : "Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios", en «Gaceta Jurídica de la CEE», Serie D, nº 12, pp.329-365.

FRUTOS ISABEL, J.M. : "Comentario al artículo 3", en Comentarios al Estatuto de Autonomía de Galicia, MAP, Madrid 1991.

Fundación Universidad Empresa: La política universitaria española en relación con los estudiantes extranjeros. (Seminario celebrado el 3 y 4 de mayo de 1982 en Segovia). Madrid 1983.

GALISONDA JORDA, A. : "El artículo 48.4 del TCEE y los empleos en la Administración de la Comunidades Autónomas", en La integración de España en las Comunidades Europeas y las competencias de la Comunidades Autónomas, (Coloquio organizado por la Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo. Barcelona 1983), Barcelona 1985, pp.351-361.

GALO SANCHEZ: Fueros Castellanos de Soria y Alcalá de Henares. Madrid 1919.

GARCIA DE ENTERRIA, E. : "Recensión a G. LEIBHOLZ: Die Gleichheit vor dem Gesetz. Eine Studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer Grundlage", en «Revista de Administración Pública», nº 29 (1959), pp. 449-450.

GARCIA DE ENTERRIA, E. : "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", en «Revista de Administración Pública», nº 30 (1959), pp. 131-167.

GARCIA DE ENTERRIA, E. : Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial, Madrid 1970.

GARCIA DE ENTERRIA, E. : La lucha contra la inmunidades del Poder, Ed. Civitas, Madrid 1981.

GARCIA DE ENTERRIA, E. : La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Ed. Civitas, Madrid 1981

GARCIA DE ENTERRIA: "La incidencia de la Constitución en la potestad sancionadora de la Administración", en «Revista Española de Derecho Administrativo», nº 29

(1981), pp. 359-369.

GARCIA DE ENTERRIA, E. : "Los ciudadanos y la Administración, nuevas tendencias en Derecho español", en «Revista Española de Derecho Administrativo», nº 59 (1988), pp. 324-344.

GARCIA DE ENTERRIA, E. : "El problema de los poderes del juez nacional para suspender la ejecución de leyes nacionales en consideración al Derecho Comunitario Europeo. La Sentencia inglesa «Regina v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Limited an Others» 1989 y la negación general de medidas cautelares contra la Corona", en «Revista Española de Derecho Administrativo», nº 63 (1989), pp. 411-432.

GARCIA DE ENTERRIA, E. : Novedades sobre los procesos en el conflicto de pesca anglo-español. La suspensión cautelar por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de la Ley inglesa de 1988 aparentemente contraria al Derecho Comunitario. Enseñanzas para nuestro sistema de medidas cautelares, sobre la primacía del Derecho Comunitario y respecto a la indemnizabilidad de los daños causados por infracción de éste", en «Revista Española de Derecho Administrativo», nº 64 (1989), pp. 593 -606.

GARCIA DE ENTERRIA, E. : "Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa", en Libro Homenaje al Profesor Villar Palasí, Ed. Civitas, Madrid 1989, pp. 437-452.

GARCIA DE ENTERRIA, E. : "La Sentencia Factortame (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Comunitario aún a costa de su propio Derecho nacional. Transcendencia general de la Sentencia en el Derecho Comunitario y en el sistema español de medidas cautelares", en «Revista Española de Derecho Administrativo», nº 67 (1990), pp. 401- 421.

GARCIA DE ENTERRIA, E. : "La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: La recepción del principio del «fumus bonus iuris» (Auto de 20 de diciembre de 1990) y sus transcendencia general", en «Revista Española de Derecho Administrativo», nº 69 (1991), pp. 65-84.

GARCIA DE ENTERRIA, E. : "¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional?", en «Revista de Administración Pública», nº124 (1991), pp. 211-231.

GARCIA DE ENTERRIA, E. : "La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la «apariencia del buen derecho» para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecución", en «Revista Española de Derecho Administrativo», nº 70 (1991), pp. 255-268.

GARCIA DE ENTERRIA, E. : Hacia una nueva justicia administrativa, Ed. Civitas, Madrid 1989, segunda edic. 1992.

GARCIA DE ENTERRIA, E. : La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso administrativo español, Ed. Civitas, Madrid 1992.

GARCIA DE ENTERRIA, E. : "España y Europa, desde la especulación esencialista a la integración institucional", en La poesía de Borges y otros ensayos, Ed. Mondadori, Madrid 1992, pp. 223-229.

GARCIA DE ENTERRIA, E. : "Discurso del Doctor D. Eduardo García de Enterría en la Sesión Académica de Investidura como Doctor «Honoris Causa» por la Universidad de Valladolid", en Universidad de Valladolid: Doctorados «Honoris Causa» de los Excmos. Srs. D. José Girón Tena, D. Eduardo García de Enterría y D. Francisco Grande Covian, Valladolid 1992, pp. 35-47.

GARCIA DE ENTERRIA, E. : I Diritti fondamentali nel Trattato de Maastricht, Lezione inaugurale in occasione del conferimento della laurea honoris causa, Università degli Studi di Bologna, Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza

ell'Amministrazione, Conference- Seminari, Anno Accademico 1991/92, nº 16.

GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. : Curso de Derecho Administrativo I, Ed. Civitas, Madrid 1989.

GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. : Curso de Derecho Administrativo II, Ed. Civitas, Madrid 1991.

GARCIA ESCUDERO, J. M.: "Comentario al Artículo 29, Derecho de Petición", en Comentarios a la Constitución Española de 1978, (dir. O., Alzaga), EDERSA, Madrid 1983, pp. 242-272.

GARCIA MACHO, R. : Las aporías de los Derechos fundamentales sociales y el Derecho a una vivienda, IEAL, Madrid 1982.

GARCIA MACHO, R. : "El derecho de asilo y del refugiado en la Constitución Española", en Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, T. II, De los Derechos y Deberes Fundamentales, Ed. Civitas, Madrid 1991, pp. 767-797.

GARCIA RUIZ, J.L. : El recurso de amparo en el Derecho Español. Madrid 1980.

GARCIA TORRES Y JIMENEZ BLANCO: Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares, Madrid 1986.

GARGANI, A. : "Il Diritti dell'Uomo tra istanze e ragioni de Stato; a proposito del recente volume Comme raissonner la raison d'Etat, en «Rivista Internazionale de Diritti de l'Uomo», nº 3 (1991), pp. 524-532.

GARRIDO FALLA, F.: Comentario al artículo 9.3", en Comentarios a la Constitución, Ed. Civitas, segunda ed., Madrid 1985, pp. 158-170.

GARRIDO FALLA, F.: Comentario al artículo 10", en Comentarios a la Constitución, Ed. Civitas, segunda ed., Madrid 1985, pp. 185-195

GARRIDO FALLA, F.: Comentario al artículo 29", en Comentarios a la Constitución, Ed. Civitas, segunda ed., Madrid 1985, pp. 591-597.

GARRIDO FALLA: "Comentario al artículo 106 de la Constitución", en Comentarios a la Constitución, Ed. Civitas, segunda ed., Madrid 1985, pp. 1455-1475.

GENEVOIS, B.: "La competence constitutionnelle du Juge Administratif et la police des étrangers. (A propos de la décision du Conseil Constitutionnel n° 89-261. DC du 28 juillet 1989), en «Revue Française de Droit Administratif» 5 (4), 1989, pp. 691-704.

GENEVOIS, B.: "L'entrée des étrangers en France: le rappel des exigences constitutionnelles. A propos de la décision du Conseil Constitutionnel n° 92-307 DC du 25 février 1992", en «Revue Française de Droit Administratif», 8(2), 1992, pp. 185-200.

GENEVOIS, B.: "Le Traité sur l'Union Européene et la Constitution. A propos de la décision du Conseil Constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992", en «Revue Française de Droit Administratif» 8(3), 1992, pp. 373-408.

GIANNINI, A.S.: «Motivazione. (Atto amministrativo)», en Enciclopedia del Diritto, Vol. XXVII, Milano 1977.

GIBERT, R.: "La condición de los extranjeros en el Antiguo Derecho Español", en «Recueil de la Société Jean Bodin». T. X. L'ETRANGER, Editions de la Librairie Encyclopedique, Bruxelles 1958.

GILISSEN, J.: "Le statut des étrangers a la lumière de l'Histoire comparative", en «Recueil de la Société Jean Bodin». T. X. L'ETRANGER, Editions de la Librairie

Encyclopedique, Bruxelles 1958.

GIRAD, A. : Comerce français a Sevilla et Cadix aux temps des Hansburg, Paris 1931.

GISTI: Le nouveau Guide Juridique des étrangers en France. Paris 1985.

GISTI: Le Guide des étrangers face l'Administration. Paris 1987.

GOMEZ-FERRER MORANT, R. : "Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos, en «Revista Española de Derecho Administrativo», nº 33 (1982), pp. 183-209.

GOMEZ REINO : "Libertades públicas en la Constitución", en Lecturas sobre la Constitución, UNED, T. I, Madrid 1978, pp. 42-55.

GONZALEZ CAMPOS, J.D. : "Nota" a la Sentencia de la Audiencia Territorial de 27 de febrero de 1963, en «Revista española de Derecho Internacional», 1965, pp.561-575.

GONZALEZ CAMPOS, J.D. : "Nota" a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1965, en «Revista Española de Derecho Internacional», 1966, pp. 550-559.

GONZALEZ CAMPOS, J.D. y RECONDO PORRUA, R. : Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao. 1981.

GONZALEZ CAMPOS, J.D., FERNANDEZ ROZAS, J.C. y RECONDO PORRUA, R.: Derecho Internacional Privado. Parte Especial. V. I. Oviedo 1984.

GONZALEZ CAMPOS, J.D y PIÑAR MAÑAS, J.L. : "El Ingreso de España en las Comunidades Europeas y los efectos del acta de adhesión", en Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio Sistemático desde el Derecho Español, Ed. Civitas, T. I. Madrid 1986, pp. 1-63.

GONZALEZ NAVARRO, F. : "Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos", en Administración y Constitución, Estudios Homenaje al Profesor Mesa Moles, Ed. Servicio Central de Publicaciones, Presidencia del Gobierno, Madrid 1981, pp. 349-391.

GONZALEZ NAVARRO, F. : Derecho Administrativo Español, T. II, EUNSA, Pamplona 1988.

GONZALEZ PEREZ, J. : "Régimen Jurídico del Derecho de Petición", en Documentación Administrativa. 1961(nº 40). pp.17-27.

GONZALEZ PEREZ, J. : La dignidad de la persona, Ed. Civitas, Madrid 1986.

GONZALEZ PEREZ, J. : Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo, Ed. Civitas, segunda ed., Madrid 1988.

GONZALEZ PEREZ, J. : "La revisión de la Ley de Procedimiento Administrativo", en Libro Homenaje al Profesor Villar Palasí, Ed. Civitas, Madrid 1989, pp. 567-577.

GONZALEZ-TREVIJANO SANCHEZ, P.J. : Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España, Ed. Civitas y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1991.

GOODWIN-GILL, G.S. : "The Limits of the Power of expulsion in Public International Law", en «The British Year Book of International Law», 1974-75, pp. 55-156.

GRASSOTTI, H. : Las instituciones feudo-vasalláticas en León y Castilla. T. secondo: La recompensa vasallática, Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, Spoleto 1969

GRIMAU: "Nota" al Arrêt Cohn-Bendit, en «Cahiers de Droit Européen», 1980, pp. 678-680.

GROUSSARD, D. : "Marsella, el gran cerrojo", en *Las nuevas invasiones*, Temas de Nuestra Epoca, Suplemento World Media, El Pais 20 de junio de 1991, p. 13.

GUGGENHEIM, P. : "Quelques remarques au sujet de l'article 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", en Rene Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber, T.I, Problemes de protection International des Droits de l'homme, Paris 1969, pp. 95-101.

GUIMEZANES, N. : "La loi n° 81-973 du 29 octobre 1981, sur les conditions d'entrée et séjour des étrangers en France", en «Recueil Dalloz-Sirey», 1982, pp. 173-184.

GUIMEZANES, N. : Le Droit des étrangers. L'entrée et le séjour, Paris 1987.

HERBERT, F. : "La libre circulación de trabajadores en el Tratado de la CEE", en «Gaceta Jurídica de la CEE», 1986, Serie D, n° 12, pp.365-385.

HERBERT, F. : "El abogado ante el TJCE", en «Gaceta Jurídica de la CEE», 1986, Serie D, n° 25, pp. 81-103.

HERRERO RUBIO, A. : "El permiso de trabajo de los extranjeros en España", en Estudios de Derecho Internacional Público y Privado, Homenaje al Profesor Sela Sampil, V. II. Oviedo 1970.

HEUVEN GOEDAHART, G.J. van: "The problem of refugees", en «Rec. des Cours», 1953, T. 82, pp.265-365.

HOCHET, A. : "L'immigration dans le debat politique français de 1981 a 1988", en POUVOIRS, n° 47(1988), pp. 23-31.

HUBEAU, F. : "L'exception d'ordre public et la libre circulation des persons en Droit Communautaire", en «Cahier de Droit Européen», 1981, pp. 207-256.

HURWITZ, L.: "La circulation des medecins a l'interieur de la Communauté Economique Européenne", en «Revue Française des Affaires Sociales», 1988(3), pp. 15-27.

IGLESIAS BUHIGUES, J.L. : "Entrada y permanencia en España de los nacionales de Estados Miembros de la Comunidades Europeas", en LA LEY. Suplemento Comunidades Europeas. nº19, de 31 de diciembre de 1986, pp.1-9.

IRIARTE ANGEL, J.L.: Los Derechos civiles de los extranjeros en España. El artículo 27 del Código Civil, Madrid 1988.

JIMENEZ BLANCO, A. : "Garantías institucionales y Derechos Fundamentales en la Constitución", en Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, T. II, De los Derechos y Deberes Fundamentales, Ed. Civitas, Madrid 1991, pp. 635-650.

JIMENEZ BLANCO, A. : "De nuevo sobre el Asunto Factortame. Breve Crónica del Congreso de Londres", en «Revista Española de Derecho Administrativo», nº 66 (1990), pp. 225-227.

JIMENEZ DE CISNEROS, F.J. : El Derecho de Petición y la Iniciativa legislativa, Cuadernos de Documentación (25), Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid 1980.

JIMENEZ PIERNAS, C. : La conducta arriesgada y la responsabilidad internacional del Estado, Universidad de Alicante 1988.

JIMENO ASENJO, A. : "Protección jurídico policial de los Derechos Humanos", en Estudio Homenaje al Profesor Castán Tobeñas, T. III, Pamplona.

KISS, A. Ch. : "La condition des étrangers en Droit International et les droit de l'homme", en Miscellanea W. J. GANSHOF van der MEERSCH. T. I. Bruxelles-París 1972, pp.501-511.

KOVAR, R. : "Relaciones entre Derecho Comunitario y los Derechos nacionales", en Treinta años de Derecho Comunitario, Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo 1981.

KRULIC, J. : "L'immigration et l'identité de la France: mythes et réalité", en POUVOIRS, 1988 (nº 47), pp. 31-43.

LASCOUX, J. : "Como ser inmigrante legal", en Las nuevas invasiones, Temas de Nuestra Epoca, Suplemento World Media, El País 20 de junio de 1991, p. 9.

LASTRES, F. : «Naturalización», en Enciclopedia Jurídica Española SEIX, T. XXIII, Barcelona 1910.

LEBULLENGER, J. : "A propos de l'expulsion des étrangers: les garanties de procedure administrative en droit français et communautaire", en «Revue Critique de Droit International Privé», 1981, pp. 449-488.

LEVEAU, R. y WITHOL de WENDEN, C. : "La deuxième génération" en POUVOIRS, nº 47 (1988), pp. 61-75.

LIMOUSIN, A. : "L'histoire de l'immigration en France: une histoire impossible", en POUVOIRS, nº 47 (1988), pp. 5-21.

LINDE PANIAGUA, E. : "La instauración del principio de igualdad entre la Administración y los particulares", en «Revista Española de Derecho Administrativo», nº 23 (179), pp. 560-579.

LINDE, E.; ORTEGA, L.I. y SANCHEZ MORON, M. : El Sistema Español de protección de los derechos humanos, (coord. E. García de Enterría), Ed. Civitas, Madrid 1978.

LIÑAN NOGUERAS, D. : "De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión", en «Gaceta Jurídica de la CEE», número monográfico: El Tratado de la Unión Europea",

primera parte, septiembre de 1992, pp. 63-99.

LOBKROWICZ, W. : "Un droit de vote municipal pour les européennes. (Commentaire de la proposition de Directive du 22 juin 1988)", en «Revue du Marché Commun», nº 322 (1988), pp. 602-614.

LOPEZ -FONT MARQUEZ, J.F. : "Procedimiento administrativo sancionador y derecho de extranjería", en «Revista Española de Derecho Administrativo», nº 38 (1983), pp. 435-438.

LOPEZ GONZALEZ, J.I. : El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo, IGO, Sevilla 1988.

LOPEZ Y LOPEZ, A. M.: "Comentarios al artículo 11", en Comentarios a la Constitución Española de 1978, (dir. O. Alzaga), EDERSA, Madrid 1984, pp. 171-189.

LOPEZ MENUJO, F. : La vía de hecho administrativa y justicia civil, Ed. Civitas, Universidad de Córdoba, Madrid 1988.

LOPEZ RODO, L. : "El Derecho de Petición, antecedentes, directrices y discusión en las Cortes", en «Documentación Administrativa», 1961, pp. 7-16.

LOUIS, J.V. : "La libre circulation des travailleurs", en J. MEGRET y otros: Le Droit de la Communauté Economique Européenne, Vol.3. Bruxelles 1971, pp.1-84.

LYON-CAEN, G et LYON-CAEN, A. : Droit Social international et europeen, Ed. Dalloz, Paris 1985

MAKAROV, A.N., : "Regles Générales du Droit de la Nationalité" en «Rec. des Cours». 1949-I, T.74, pp. 273-377.

MANGAS MARTIN, A. : Derecho Comunitario Europeo y Derecho Español, Ed. Tecnos,

Madrid 1986.

MANGAS MARTIN, A. : "La obligación de derogar o modificar el Derecho Interno incompatible con el Derecho Comunitario: Evolución Jurisprudencial", en «Revista de Instituciones Europeas», 1987, pp. 311-339.

MANGAS MARTIN, A. : "El Tratado de la Unión Europea: análisis de su estructura general", «Gaceta Jurídica de la CE», D 17, nº monográfico: El Tratado de la Unión, primera parte, pp. 13-63.

MARCHAND, J.M. : "Police des étrangers" en «Recueils périodiques de Juris-Classeur. Droit Administratif», nº 142 (1987), fasc.235.

MARIE, C.V. : "Entre économie et politique: les «clandestins», une figure sociale à géométrie variable", en POUVOIRS, nº 47 (1988), pp. 75-92.

MARIN LOPEZ, A. : Derecho Internacional Privado. Parte Especial I. Nacionalidad y Extranjería. Granada. 1986.

MARIN LOPEZ, A. : "Los Derechos políticos de los extranjeros en España", en «Revista Española de Derecho Internacional», 1990, pp. 351-372.

MARIÑO MENENDEZ, F. : "El concepto de refugiado en el contexto del Derecho Internacional", en «Revista Española de Derecho Internacional», 1983, pp. 337-371.

MARIÑO MENENDEZ, F. : "Doctrina del Tribunal Constitucional en materia de extradición", en De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho (dir. Lorenzo Martín-Retorillo Baquer), Zaragoza 1985, pp. 449-469.

MARTI de VESES, M^a C. : Voz "Nacionalidad", en Nueva Enciclopedia SEIX. T. XVI. Barcelona 1978.

MARTI de VESES, M^{ra} C. : "Normas internacionales relativas a los Derechos económicos, sociales y culturales", en «Anuario de Derechos Humanos». 1983, T.2, pp. 277-316.

MARTI de VESES, M^{ra} C. : "El proceso de positivación de los Derechos económicos, sociales y culturales en el Derecho Internacional", en «Anuario de Derechos Humanos». 1985, T. 3, pp. 175-220.

MARTIN REBOLLO, L. : La Constitución y su incidencia en el Derecho Público Interno Español, Universidad de Santander, Textos institucionales (7), Santander 1985.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L. : " Sanciones penales y sanciones gubernativas", en Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal, Universidad de Salamanca, 1971, pp. 9-18.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L. : En los albores de la Democracia, Ed. Guara, Zaragoza 1979.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L. : Bajo el signo de la Constitución, IEAL, Madrid 1983.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L. : Materiales para una Constitución, Ed. Akal, Madrid 1984.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L. : "Derechos y Libertades Fundamentales, estandar nacional y competencia de las Comunidades Autónomas", en Organización territorial del Estado. (Comunidades Autónomas), Dirección General de lo Contencioso del Estado, IEF, Madrid 1984, pp. 1813-1848.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L. : A vueltas con la Universidad, Cuadernos Civitas, Madrid 1990.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L. y OTTO Y PARDO, I. : Derechos fundamentales y Constitución, Ed. Civitas, Madrid 1988.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S. : "El exceso de poder como vicio del acto administrativo", en «Revista de Administración Pública», nº 23 (1957), pp. 83-179.

MARTINEZ ALCUBILLA, M. : Diccionario de la Administración Española, T. VI, T. X, Madrid 1869; T. VIII, Madrid 1879; T. V, Madrid 1893, Apéndice, Madrid 1916; T. VII, 1918.

MARTINEZ JIMENEZ, J.M. : "La adaptación de la normativa española al principio de libre circulación de trabajadores asalariados", en Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea. (V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones laborales, Sevilla 15 y 16 de diciembre de 1986), Madrid 1987, pp. 457-471.

MARTINEZ MORENO, A. "La cláusula de la nación mas favorecida a la luz del Derecho Contemporáneo", en «Revista Española de Derecho Internacional», 1981, pp. 461-490.

MELANDER, G. : "Le refuge et les droits de l'homme", en Colloque Franco-Suedois sur "Les nouveaux enjeux des droits de l'homme" (Stockholm 20-21 avril 1989), en «Revue de Droit Public», sep-oct, 1990, pp. 1325-1333.

MIAJA de la MUELA, A. : Derecho Internacional Privado. Parte Especial, revisado por CASANOVAS DE LA ROSA, O. y ABELLAN HONRUBIA, V. Ed. Atlas, Madrid 1987.

MIELE : Principi di Diritto Amministrativo, Padova, 1960.

MIGUEL ZARAGOZA, J. : "La función del Tribunal constitucional en la interpretación y aplicación de la Convención Europea de Derechos del Hombre", en El Tribunal Constitucional, Dirección General de lo Contencioso del Estado, IEF, Madrid 1981, pp. 1849-1876

MIGUEL ZARAGOZA, J. y BLANCO DE CASTRO, A. : "El Título VI el Tratado de la Unión: Cooperación en asuntos de Justicia e Interior", en «Gaceta Jurídica de la CE», D18, nº monográfico: El Tratado de la Unión Europea, segunda parte, pp. 117-223.

MILANS del BOSCH PORTOLES, I. : "NOTA" Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en «Revista Española de Derecho Internacional», 1983, pp. 483 -487.

MILANS del BOSCH PORTOLES, I. : "Comentario a la Sentencia Klopp (STJCE 12 de julio de 1984)", en LA LEY, Suplemento Comunidades Europeas, nº22, de 31 de marzo de 1987, pp. 5-7.

MIQUEL CALATAYUD, J.A. : Estudios sobre Extranjería, Ed, Librería Bosch, Barcelona. 1987.

MIRALLES SANGRO, P.P. : "Nota" Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en «Revista Española de Derecho Internacional», 1982, pp. 474-483.

MIRALLES SANGRO, P.P. : "Homologación de títulos latinoamericanos de odontólogo: contexto normativo y jurisprudencia del Tribunal Supremo", en «Revista Española de Derecho Administrativo», 1989 (nº 61), pp. 67-93.

MOLINA DEL POZO, C.F. : "Reflexiones entorno al artículo 10 de la Constitución", en Introducción a los Derechos Fundamentales, X Jornadas de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Servicio de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid 1988, pp. 1687-1724.

MONACO, R. : "La libre prestación de servicios en la CEE con particular consideración de los seguros", en «Revista de Instituciones Europeas», 1977, pp. 355-366.

MORODO, R. : "Notas sobre el Derecho de Petición", en «Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político», Universidad de Salamanca, 1964 (nº 31), pp. 89-102.

MOYA ESCUDERO, M. : "La expulsión de extranjeros: dudosa garantía de los Derechos Fundamentales", en LA LEY, 1986-2, pp.1025-1042.

MOYA ESCUDERO, M. : "Nota" a Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de extranjería, en «Revista Española de Derecho Internacional», 1987, pp.169-177.

MOZO SEONE, A. : La discrecionalidad de la Administración Pública en España, Madrid 1985.

MUÑOZ MACHADO, S. : "Protección Diplomática y Jurisdicción Contencioso- Administrativa", en «Revista Española de Derecho Administrativo», 1975, nº 6, pp. 401-426.

MUÑOZ MACHADO, S.: El Estado, el Derecho Interno y la Comunidad Europea, Ed. Civitas, Madrid 1986.

NAVARRO NIETO, F.L. : "La incidencia del principio comunitario de igualdad de trato en el acceso al empleo en el Ordenamiento Jurídico Español", en Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea.(V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, celebradas en Sevilla el 15 y 16 de diciembre de 1986) .Madrid 1987, pp. 457-471.

NGUYEN VAN YEN, Ch. : Droit de l'immigration, PUF, Paris 1986.

NIETO GARCIA, A. : La organización del desgobierno, Ed. Ariel, Madrid 1984.

NIETO GARCIA, A. : "El principio de non bis in idem"; en «Revista Vasca de Administración Pública», 1990 (nº 28), pp. 155-170.

OLIVARES D'ANGELO, J. : "Algunas observaciones sobre reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la condición jurídica del extranjero" en «Revista Española de Derecho Internacional». 1984. pp.103-121.

OLIVARES D'ANGELO, J. : "Nota" Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en «Revista Española de Derecho Internacional», 1987, pp. 176-179.

OLIVARES D'ANGELO, J. : "Nota" Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en «Revista Española de Derecho Internacional», 1988, pp. 168-172.

OLIVARES D'ANGELO, J. : "España, país de acogida de trabajadores extranjeros: situación de los portugueses", en IX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales.(3-5 de junio de 1985). Las relaciones de vecindad, pp. 399-413.

OLIVER, B. : Historia del Derecho de Cataluña, Mallorca y Valencia. T.IV. Madrid 1881.

ORTIZ ARCE, A. : "El régimen de los trabajadores fronterizos en el marco de las Comunidades Europeas", en «Revista Española de Derecho Internacional», 1982, pp. 9-35.

ORTIZ ARCE, A. : "Las relaciones bilaterales hispano-francesas, en materias de extranjería y trabajo y SS, con referencia a los trabajadores fronterizos", en IX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. (3-5 de junio de 1985). Las relaciones de vecindad, pp. 319-127.

OTTO y PARDÓ, I. : Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes, Barcelona 1987.

ÓZSUNAY, E. : "La participación de l'etranger a la vie politique et associative la Cité", en Actes du Colloque sur Le Droits de l'Homme des etrangers en Europe. (17-19 octobre 1983. Funchal, Madère), Estrasburgo 1985.

PACTEAU, B. : "Les limitations de police au droit de sejour des travailleurs étrangers devant le Droit International et Communautaire", en Les travailleurs étrangers et le Droit International. (Colloque de Clermont-Ferrand organisé en mai 1978, par la Societé Française pour le Droit International). Paris 1979, pp. 393-431.

PARADA VAZQUEZ, J.R. : "El poder sancionador de la Administración y crisis del sistema judicial penal", en «Revista de Administración Pública», 1972 (nº 67), pp 41- 95.

PAREJO ALFONSO, L. : Concepto de Derecho Administrativo, Caracas 1984.

PAREJO ALFONSO, L. : "Los valores de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Libro Homenaje al Profesor Villar Palasí, Ed. Civitas, Madrid 1989, pp. 923-977.

PAREJO ALFONSO, L. : "Constitución y valores del Ordenamiento", en Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor García de Enterría, T. I Del Ordenamiento Jurídico, Ed. Civitas, Madrid. 1991, pp. 29-134.

PASTOR RIDRUEJO, J.A. : "Las estipulaciones y la eficacia interna de los tratados en el Derecho Español", en «Revista Española de Derecho Internacional», 1964, pp. 49-69.

PAZ ANDRES, M. : "Nota" sobre STAT de las Palmas de 29 de octubre de 1980, en «Revista Española de Derecho Interancional», 1983, pp. 120-124.

PAZ RUBIO, J. M. : "Notas sobre extranjería, en «Poder Judicial», 1990, nº especial XVI: Bicentenario de la Audiencia de Cáceres, pp. 115-148.

PEAUCELLE, J. Ch. : "L'immigration et la libre circulation des personnes en Europe: enjeux et perspectives", en «Revue Française de Droit Administratif», 6(4), 1990, pp. 516-525.

PECES BARBA, G. : "Reflexiones sobre la teoría general de los Derechos Fundamentales en la Constitución", en «Revista de Derecho de la Universidad Complutense», 1978-1981, Monográfico nº 2, pp. 39-50.

PECES BARBA, G. : "Reflexiones sobre los Derechos sociales, económicos y culturales", en Derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los Derechos Humanos, Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, Murcia 1978, pp. 51-68.

PECES BARBA, G. : Los valores superiores. Madrid 1984.

PECES BARBA, G. : "Génesis de los Derechos Fundamentales", en Introducción a los Derechos Fundamentales, X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid 1988, pp.287-313.

PEMAN GAVIN, J. : "La población Local: la vecindad administrativa", en Tratado de Derecho Municipal, (dir. S. Muñoz Machado), Ed. Civitas, Madrid 1988, pp. 1058-1086.

PEREDO LINACERO, J.A. y otros : La política Social en la Comunidad Europea, Ed. Trivium, Madrid 1986.

PEREZ LUÑO, A. E. Los Derechos fundamentales, Ed. Tecnos, Madrid 1984.

PEREZ LUÑO, A.E. : "Dimensiones de la igualdad material", en «Anuario de Derechos Humanos»(3). 1985, pp. 253-285.

PEREZ LUÑO, A.E. : "Sobre la igualdad en la Constitución Española", en «Anuario de

Filosofía del Derecho», 1987, pp.133-151.

PEREZ MORENO, A. : "La acción pública en materia de urbanismo", en «Revista de Derecho Urbanístico», nº 15, (1969), pp. 71-98.

PEREZ VERA, E. : "LA Constitución de 1978 y el Derecho Internacional Privado Español: Normas en materia de nacionalidad y extranjería, en «Revista de Derecho Público», 1982, pp. 5-25.

PEREZ VERA, E. : "Comentario al artículo 13. Extranjería", en Comentarios a la Constitución Española de 1978, (dir. por O. Alzaga), EDERSA, Madrid 1984, T. II, pp. 226-240.

PEREZ VERA, E. : "Comentario al artículo 11, apartado 3º. Doble Nacionalidad", en Comentarios a la Constitución Española de 1978, (dir. por O. Alzaga), EDERSA, Madrid 1984, T. II, pp. 2191-206.

PEREZ VERA, E. : Derecho Internacional Privado, T. I, UNED, Madrid 1987.

PERIGOUX, R. : "L'Europe et les refugies", en Colloque franco-suedois sur "Les nouveaux enjeux des droits de l'homme" (Stockholm 20-21 avril), en «Revue de Droit Public», sep-oct. 1990, pp. 1319-1324.

PERRIN, G. : "Las conditions de validité de la nacionalité en Droit International Public", en Recueil d'études de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim, 1968, pp. 853-887.

PESCATORE, P. : "La estructura jurídica de las Comunidades Europeas", en «Documentación Administrativa», nº 185, extraordinario : Las Comunidades Europeas, pp. 15-31.

PEUCHOT, E. : "Droit de vote et condition de nacionalité", en «Revue de Droit Public»,

1991, pp. 481-525.

PICANÓL ROIG, E. : "La libertad de establecimiento y prestación de servicios de las profesiones médicas en la CEE", en «Revista de Instituciones Europeas», 1983, pp. 509-528.

PIÑAR MAÑAS, J.L. : "El derecho a la libertad de residencia y circulación de los extranjeros en el territorio nacional", en «Revista de Administración Pública», nº93 (1980), pp. 193-212.

PLENDER, R. : "Les droits de l'homme des étrangers en Europe", en Actes du Colloque sur les Droits de l'Homme des étrangers en Europe. (17-19 octobre 1983. Funchal. Madère). Estrasburgo 1985.

POLITIS, N.S. : "Les problèmes des limitations à la souveraineté et la theorie de l'abus du Droit", en «Rec. des Cours», 1925- I, pp.5- 121.

POMED SANCHEZ, L.A. : El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, Madrid 1989.

PRIETO SANCHIS, L. : "El sistema de protección de los Derechos Fundamentales: el Artículo 53 de la Constitución Española", en «Anuario de Derechos Humanos» (2). 1983, pp. 369-425

RAMIREZ, M. : La participación política, Ed. Tecnos, Madrid 1985.

RAMOS QUINTANA, M. : El trabajo de los extranjeros en España, Ed. Tecnos, Madrid 1989.

REALE, E. : "Le problème des passeports" , en «Rec. des Cours», 1934. T.50, pp. 89-187.

REALE, E. : "Le Droit d'asile", en «Rec. des Cours», 1938. T.63, pp. 473-599.

REGNER, G. : "La protection des droits et le control de la loi", en Colloque Franco-Suedois sur "Les nouveaux enjeux des droits de l'homme" (Stockholm 20-21 avril 1989), en «Revue de Droit Public», sep-oct. 1990, pp. 1287-1295.

RESS, G. : "La libre circulación de las personas, de servicios y capitales", en Treinta años de Derecho Comunitario, Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo 1981, pp. 329 y ss.

RICCI, M. : "Lo straniero in Italia", en «Vita Italiana», 1985(8), pp. 15-32.

RIGAUX, Fr. : "La Convention européenne d'établissement", en «Revue General de Droit International Public», 1957, pp. 5-50.

RIVERO YSERN, E. : El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares, Sevilla, 1969.

ROBERTSON, A. H. : "La Convención Europea de Derechos Humanos", en Veinte años de evolución de los Derechos Humanos, UNAM, México 1974, pp. 409-424.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. : La suspensión del acto administrativo (en via de recurso). Madrid 1986.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. : "La suspensión del acto administrativo en via de recurso de amparo", en LA LEY, 1 de diciembre de 1987, pp. 1-5.

RODRIGUEZ CARRION, A: Lecciones de Derecho Internacional Público, segunda edición, Ed. Tecnos, Madrid 1991.

RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C. : "La libre circulación de los abogados y los médicos en la Comunidad Europea. Problemas actuales", en «Revista de Instituciones Europeas», 1977, pp. 83-90.

RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C. : "Los efectos internos del Derecho Comunitario en España", en «Documentación Administrativa», nº 201 (1984), pp. 51-83.

RODRIGUEZ-PIÑERO, M. : La Seguridad Social y los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas, Madrid 1982.

RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y FERNANDEZ LOPEZ M^a F. : Igualdad y discriminación, Ed. Tecnos, Madrid 1986.

RODRIGUEZ ZAPATA, J. : "Los tratados internacionales y los controles de constitucionalidad", en «Revista Española de Derecho Administrativo», nº 30 (1981), pp. 471-505.

RODRIGUEZ ZAPATA, J. : Internamiento de extranjeros expulsados de España. Derechos de reunión y asociación. Suspensión cautelar de la resoluciones administrativas impugnadas en materia de extanjería, en «Revista Española de Derecho del Trabajo», nº 29-32 (1987), pp. 617-623.

ROMANO TASSONE, A. : Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato dei legittimita, Ed. Giuffrè, Milano 1987.

RUBIO, M. : "De nuevo sobre la potestad sancionatoria. La Sentencia de 6 de junio de 1984", en «Revista Española de Derecho Administrativo». 1984.

RUIZ-GIMENO CORTES, J.: "Comentario al artículo 10", en Comentarios a la Constitución Española de 1978 (dir. O. Alzaga), T. II, EDERSA, Madrid 1984, pp. 45-155.

RUZIE, D. "Les droits publics et politique du travailleur étranger", en Les travailleurs étrangers et le Droit International (Colloque de Clermond-Ferrand organisé en mai 1978, par la Société Française pour le Droit International). Paris

1979, pp. 325-366.

SAGARRA TRIAS, E. : Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de los extranjeros en España. Protección jurisdiccional y garantías, Ed Bosch, Barcelona, 1991.

SANDULLI : Diritto Amministrativo, Napoli 1984.

SAINZ de GANDASEGUI, F. : La potestad sancionatoria de la Administración : La Constitución Española y el Tribunal Constitucional, Madrid 1985.

SAINZ MORENO : Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, 1976.

SANCHEZ, G. : Fueros Castellanos de Soría y Alcalá de Henares, Madrid 1919.

SANCHEZ BLANCO, A. : "Comentario al artículo 5", en Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Castilla-León, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid 1985.

SANCHEZ BLANCO, A. : "Los Derechos de participación, representación y de acceso a funciones y cargos públicos; la corrección de la unilateral perspectiva política", en «Revista Española de Derecho Administrativo», nº 46 (1985), pp. 206-226.

SANCHEZ FELIPE, J.M. : "La libertad de circulación de trabajadores y la Política Social en el Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas", en «Revista de Instituciones Europeas», 1988, pp.75-100.

SANCHEZ MORON, M. : La participación del ciudadano en los asuntos públicos, Madrid 1980.

SANCHEZ MORON, M. : "Comentario al artículo 23", en Comentarios a la Constitución Española de 1978, (dir. O. Alzaga), T.II, EDERSA, Madrid 1984, pp. 670-683.

SANCHEZ RODRIGUEZ, L.I. : "El artículo 93 y el bloque de la constitucionalidad: algunos problemas", en Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, T. I , Del Ordenamiento Jurídico, Ed. Civitas, Madrid 1991, pp. 219-251.

SANTAMARIA PASTOR, J.A. : "Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso", en «Revista de Administración Pública», nº 100-102 (1983), pp. 1609-1628.

SANTAMARIA PASTOR, J.A. : "Comentario al artículo 19", en Comentarios a la Constitución (dir. F. Garrido Falla), Ed. Civitas, Madrid 1985, pp.382-395.

SANTAMARIA PASTOR, J.A. : "Comentario al artículo 23", en Comentarios a la Constitución (dir. F. Garrido Falla), Ed. Civitas, Madrid 1985, pp. 442-450.

SCELLE, G. : Precis de Droit des Gens. T. I, Recueil de Sirey, Paris 1923. T. II, Recueil de Sirey, Paris 1934.

SCHNYDER, F. : "Les aspects juridiques actuels du problème des refugies", en «Rec. des Cours», 1965, T. 114, pp. 335-450.

SERRANO ALBERCA, J.M. : "Comentarios al art. 11. 1. 2. y 3", en Comentarios a la Constitución, (dir. F. Garrido Falla), Ed. Civitas, Madrid 1985, pp. 195-210.

SERRANO ALBERCA, J.M. : "Comentarios al artículo 13.1 y 2", en Comentarios a la Constitución, (dir. F. Garrido Falla), Ed. Civitas, Madrid 1985, pp. 214-229.

SERRANO ALBERCA, J.M. : "Comentarios al artículo 13.4", en Comentarios a la Constitución, (dir. F. Garrido Falla), Ed. Civitas, Madrid 1985, pp. 247-253.

SERRANO ALBERCA, J.M. : "Las garantías jurisdiccionales como derechos fundamentales: un análisis del artículo 24 de la Constitución Española", en «Anuario de Derechos Humanos 3 », 1985, pp. 435-494.

SEVILLA MERINO, T. : La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa, Ed. Civitas, Madrid 1992.

SIMON-DEPITRE, M. : "La condition des étrangers en 1980", en «Journal de Droit International(Clunet)», 1981, pp. 154-176.

SIMON-DEPITRE, M. : "Conditios des étrangers en 1981 et 1982", en «Journal de Droit International(Clunet)», 1983, pp. 39 y ss.

SIMON-DEPITRE, M. : "Note" au Arrêté du 17 juillet 1984 (circulation des personnes), en «Revue Critique de Droit International Privé», 1984, pp. 738-744.

SIMON-DEPITRE, M. : "Le séjour en France des étrangers depuis la Loi du 17 juillet 1984", en «Journal de Droit International(Clunet)», 1985, pp. 603- 619.

SOLBES MIRA, P. : "La citoyenneté européenne", en «Revue de Marché Commun», nº 345 (1991), pp. 168 y ss.

SOLCHAGA LOITEGUI, J. : "La legitimación en el Recurso de Amparo", en el Tribunal Constitucional, T. III, Dirección General de los Contencioso del Estado, Madrid 1981, pp. 2585-2633.

SOUVIRON MORENILLA, J.M. : Notas para una Ley de Extranjería, Cuadernos de Documentación (37), Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Documentación, Madrid 1980.

SOUVIRON MORENILLA, J.M.: La configuración jurídica de las profesiones tituladas en España y en la Comunidad Económica Europea, Consejo de Universidades, Secretaría

General, Madrid 1988.

SOUVIRON MORENILLA, J.M.: La Universidad Española. Claves de su definición y régimen institucional, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1988.

SUAY RINCON, J. : El Principio de igualdad en la justicia constitucional, IEAL, Madrid 1985.

SUAY RINCON, J. : Sanciones Administrativas, Publicaciones del Real Colegio Español de Bolonia, 1989.

SUAY RINCON, J. : "El principio de igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, T. II, De los Derechos y Deberes Fundamentales, Ed. Civitas, Madrid 1991, pp. 837-893.

TOMAS Y VALIENTE, F. : "Los Derechos Fundamentales en la historia del constitucionalismo español", en Introducción a los Derecho Fundamentales, XJornadas de Estudio, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid 1988, pp. 27-53.

TORNOS, J. : "Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la Jurisprudencia contencioso-administrativa", en «Revista Española de Derecho Administrativo», 1987, pp. 607-622.

TRAYTER, J.M. : "Denegación de permiso de trabajo y expulsión de extranjeros en España: la excepción de litispendencia en el seno de los contencioso-administrativo", en LA LEY, año XII, nº 2769.

TRAYTER, J.M. : Sanción Penal- Sanción Administrativa: El principio de «non bis in idem» en la Jurisprudencia", en «Poder Judicial», nº 22 (1991), pp. 113-133.

TURPIN, D. : "La réforme de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sur la condition des étrangers par la Loi du 10 janvier 1980", en «Revue Critique de Droit International Privé», 1980, pp. 41-51.

TURPIN, D. : "Le nouveau régime juridique des étrangers en France: changement et continuité", en «Revue Critique de Droit International Privé», 1982, pp.25 y ss

TURPIN, D. : "Les nouvelles conditions de l'expulsion des réfugiés", en «Revue Française de Droit Administratif», 1986(2), pp. 137-154.

TURPIN, D. : "La Loi du 9 septembre 1986 relative aux conditions d'entrée e de séjour des étrangers a France", en «Revue Critique de Droit International Privé», 1986, pp.607-631.

TURPIN, D. : La loi du 2 aout 1989 relative aux conditions de séjour et d'entré des étrangers en France. Ravadage de la Loi Pasqua ou esquisse de une nouvelle «citoyenneté», en «Revue Critique de Droit International Privé», nº 4 (1989), pp. 617-668.

VALLINA VELARDE, J.L. : La motivación de los actos administrativos, ENAP, Madrid 1967.

VEDEL, G. : "Schengen et Maastricht", en «Revue Française de Droit Administratif» 8(2), mars-avr. 1992, pp. 173-180.

VERDROSS, A. : "Les règles internationales concernat le traitement des étrangers", en «Rec. des Cours», 1931-III. T. 37, pp. 327-409.

VERDROSS, A. : Derecho Internacional Público. Madrid 1967.

VIGNES, D. : "La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine, problèmes posés par la Communauté Economique Européenne", en «Rec. des Cours»,

1970, T. 130, pp. 207-350.

VIGNES, D. : "Le droit d'établissement et la libre prestation de services", en J. Megret y otros: Le Droit de la Communauté Economique Européenne. Bruxelles 1971. Vol.3, pp. 85-172.

VILARIÑO PINTOS, E. : Curso de Derecho Diplomático y Consular. Parte General y Textos Codificados. Madrid 1987.

VILLALBA TORRES, F. : "Contenido y ejercicio del Derecho de Petición, en Introducción a los Derecho Fundamentales, XJornadas de Estudio, Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado, Madrid 1988, pp. 2401-2415.

VILLAGOMEZ CEBRIAN, A.J. : "Control Judicial de los actos administrativos afectantes a situaciones de extranjeros", en «Revista Española de Derecho Administrativo», nº49 (1986), pp. 132-137.

VIÑAS FARRE, R. : "El régimen de los trabajadores fronterizos en las relaciones de vecindad hispano-andorranas", en IX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 3-5 de junio de 1985. Las relaciones de vecindad, pp. 327-335.

WEIS, P. : "Le statut international des refugies et apatrides", en «Journal de Droit International. 1956, pp. 4-70.

WEIS, P. : "The Convention of the Organization of African Unity Governing. The specifics aspects of Refugee Problems in Africa", en «Human Rights Journal», 1970, pp. 449-465.

WIEDERKEHR, M. O. : "Les travailleurs frontaliers", en Les travailleurs étrangers et le Droit International. (Colloque de Clermond-Ferrand organisé a mai 1978 par la Société Française pour le Droit International), Paris 1979, pp. 252-277.

WINTHOL de WEUDEN, C. : "Dossier: Les pays européens face l'inmigration", en POUVOIRS, nº 47 (1988), pp. 133-144.

ZABALO ESCUDERO, E. : "Derecho Comunitario Europeo y Régimenes de Seguridad Social aplicables a relaciones laborales transfronterizas: la decisión del TJCE en el asunto Kuijpers", en IX Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (3-5 de junio e 1985). Las relaciones de vecindad, pp. 355-363.

ZANOBINI: Corso di Diritto Amministrativo, Vol I, Milano 1958.

Abreviaturas

ACNUR.....	Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
BOE.....	Boletín Oficial del Estado.
BOC.....	Boletín Oficial de las Cortes.
CEE.....	Comunidad Económica Europea.
CC.....	Código Civil.
CDE.....	Cahiers de Droit Européen.
CIJ.....	Cour de Justice International.
CPJI.....	Cour Permanent de Justice International.
DA.....	Documentación Administrativa.
DOCE.....	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
EUNSA.....	Ediciones Universidad de Navarra.
HRJ.....	Human Rights Journal.
IEAL.....	Instituto de Estudios de la Administración Local.
IEF.....	Instituto de Estudios Fiscales.
IGO.....	Instituto García Oviedo.
JDJP.....	Journal de Droit International Privé.
JOCE.....	Journal Officiel des Communautés Européennes.
J.O. Deb. Ass.....	Journal Officiel de Debats Assemblée National.
MAP.....	Ministerio de Administraciones Públicas.
NRDIP.....	Nouvelle Revue de Droit International Privé.
OUA.....	Organización de la Unidad Africana.
ONU.....	Organización de las Naciones Unidas.
Rec.	Recueil De Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes
Rec. des Cours.....	Recueil des Cours de la Académie de Droit International de La Haye
RAP.....	Revista de Administración Pública.
RCDIP.....	Revue Critique de Droit International Privé.
RDP.....	Revue de Droit Public.

RDIP.....	Revue de Droit International Privé.
RDICL.....	Rivista di Diritto Internazionale e Comparato del Lavoro.
REDA.....	Revista Española de Derecho Administrativo.
REDC.....	Revista Española de Derecho Constitucional.
REDI.....	Revista Española de Derecho Internacional.
REDT.....	Revista Española de Derecho del Trabajo.
RFDA.....	Revue Française de Droit Administratif.
RGDIP.....	Revue General de Droit International Public.
RIDU.....	Rivista Internazionale de Diritti dell'Uomo.
RJCE.....	Revista Jurídica de Catalunya.
RIE.....	Revista de Instituciones Europeas.
RMC.....	Revue de Marché Commun.
RTDE.....	Revue Trimestrielle de Droit Européen.
RTDH.....	Revue Trimestrielle de Droits Humains.
RVAP.....	Revista Vasca de Administración Pública.
SIS.....	Sistema de Información de Schengen.
TPJI.....	Tribunal Permanente de Justicia Internacional.
TUE.....	Tratado de la Unión Europea.
VI.....	Vita Italiana