

---

# VIII CONGRESO LOS DERECHOS DE LAS MINORIAS

## JUECES PARA LA DEMOCRACIA

SEVILLA, 21, 22 y 23 OCTUBRE  
1993

---



---

# **LOS DERECHOS DE LAS MINORIAS**

**VIII CONGRESO DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA**

---

---

**Edita: JUECES PARA LA DEMOCRACIA**  
**Coordina: JOSE RIVAS ESTEBAN**  
**Depósito legal: M. 5.722 - 1994**  
**Imprime: ROMAGRAF, S. A.**

---

# INDICE

	<u>Pág.</u>
<b>PRESENTACION</b> .....	5
 <b>PONENCIAS</b>	
— <i>La condición del Extranjero en el ámbito penitenciario.</i> Comisión de Derecho Penitenciario .....	9
— <i>Minorías marginadas: algunas consideraciones sobre la residencia y trabajo de los extranjeros en España.</i> Sección Territorial del País Valenciano .....	22
— <i>La Prostitución.</i> Sección Territorial de Aragón .....	35
— <i>El trabajo de los penados.</i> Comisión de Derecho Laboral .....	45
— <i>El trabajo irregular de los extranjeros.</i> Comisión de Derecho Laboral .....	48
— <i>Algunos aspectos del Derecho Laboral en relación con la drogodependencia.</i> Comisión de Derecho Laboral .....	55
— <i>Los extranjeros no comunitarios y la Seguridad Social española.</i> Comisión de Derecho Laboral .....	59
— <i>Discriminación laboral por causa de sexo: Derecho y realidad social.</i> Comisión de Derecho Laboral .....	63
— <i>Procedencia del pago de las indemnizaciones legales a los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo en supuestos de despido nulo o improcedente.</i> Virginia García Alarcón .....	70
— <i>Propuesta para la reclamación por Jueces para la Democracia de una ley pareja ante la actual discriminación de las parejas homosexuales en la normativa vigente por razón del sexo de las mismas.</i> Virginia García Alarcón .....	72
— <i>Ponencia de la Comisión de Menores</i> .....	73
— <i>Rostros de la marginación contra el racismo.</i> Sección Territorial de Madrid .....	75
— <i>Los otros marginados.</i> Sección Territorial de Madrid .....	77
— <i>La supresión de obstáculos en el ejercicio por los minusválidos de los derechos reconocidos por las Leyes.</i> Celsa Picó Lorenzo .....	83
— <i>La avocación en el proceso de regulación de trabajadores extranjeros.</i> Celsa Picó Lorenzo .....	89
— <i>Restricción al Derecho de Asilo: Proyecto de Ley de modificación de la Ley 5-84.</i> Comisión de lo Contencioso-Administrativo .....	92
— <i>Los Incapaces: Incapacitación e internamiento.</i> Comisión de Derecho Privado .....	97
— <i>El internamiento de los enfermos mentales.</i> Comisión de Derecho Privado .....	108
— <i>Contra el deterioro de los Derechos Sociales.</i> Sección Territorial de Madrid .....	114
— <i>Barajas: el forastero ante el 'sheriff'.</i> Ramón Sáez Valcárcel .....	116
— <i>SIDA: Cuestiones legales. Discriminación y enfermedad: el enfoque humanista en la lucha contra el SIDA.</i> Cándido Conde-Pumpido Tourón .....	121

— <i>Sobre el Etnocidio, el Genocidio y las Emigraciones</i> . Antonio Giménez Pericás .....	126
— <i>La emigración</i> . Joaquín Álvarez Landete .....	134

### ACUERDOS Y DECLARACIONES

— <i>Sobre la Ley Orgánica del Poder Judicial</i> .....	137
— <i>Delegación de facultades al Secretariado</i> .....	140
— <i>Propuesta de Reforma de Estatutos</i> .....	141
— <i>Declaración sobre el terrorismo</i> .....	142
— <i>Comunicado de apoyo a Antonio Giménez Pericás</i> .....	143
— <i>Declaración solicitando la dimisión de la Corte Suprema de El Salvador</i> .....	144
— <i>Declaración de MEDEL de apoyo a los compañeros de ASONAL JUDICIAL (Colombia)</i> .....	145

### CONCLUSIONES

— <i>La condición del extranjero en el ámbito penitenciario</i> . Comisión de Derecho Penitenciario .....	149
— <i>Residencia y trabajo de los extranjeros en España</i> . Sección Territorial de Valencia .....	150
— <i>La Prostitución</i> . Sección Territorial de Aragón .....	151
— <i>El trabajo irregular de los extranjeros</i> . Comisión de Derecho Laboral .....	152
— <i>Los extranjeros no comunitarios y la Seguridad Social Española</i> . Comisión de Derecho Laboral .....	153
— <i>Comisión de Menores</i> .....	154
— <i>Enfermedad mental: Incapacitación e Internamientos</i> . Comisión de Derecho Privado .....	155
— <i>Discriminación y Enfermedad: El enfoque humanista en la lucha contra el SIDA</i> .....	157
— <i>Modificaciones de la imputabilidad en el proceso penal y su acreditamiento efectivo</i> . Sección Territorial de Andalucía Oriental .....	158
— <i>Conclusiones a la primera Ponencia</i> .....	159

## PRESENTACION

*Se recogen en este volumen las ponencias presentadas y debatidas en el VIII Congreso de la Asociación «Jueces para la Democracia» celebrado en Sevilla el 21, 22 y 23 de octubre de 1993. El tema general del Congreso, conforme a lo acordado por la Comisión Permanente de la Asociación, fue el de «los derechos de las minorías», y en torno a las minorías giran las ponencias que aquí se publican.*

*Los derechos de los extranjeros, de las minorías étnicas, de los menores, de las uniones de hecho, de los presos, de los drogodependientes, de las personas que se dedican a la prostitución, de las parejas homosexuales, de los minusválidos, de los enfermos de SIDA o de los enfermos mentales, son analizados en estas ponencias, que en ocasiones sacan a la luz problemas inimaginados. Cada uno de los sectores analizados constituye, efectivamente, una minoría, pero en conjunto los problemas puestos de relieve afectan a la mayoría de los ciudadanos, porque todos, de una u otra forma, pertenecemos a alguna minoría. Y como prueba de ello se incluye también entre las ponencias la dedicada a la discriminación laboral por razón de sexo: la problemática del trabajo de la mujer nos descubre que, en ocasiones, una mayoría social puede ser tratada discriminatoriamente, compartiendo los problemas de las minorías.*

*¿Por qué una Asociación Judicial se ocupa en profundidad de los derechos de las minorías? La respuesta a esta pregunta ha de darse a través de la reflexión sobre la función social del Poder Judicial en un Estado de Derecho. Como señala FERRAJOLI la esencia del Estado de Derecho Constitucional se encuentra más en la garantía de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos que en la omnipotencia de las mayorías. En principio los derechos de las minorías deben estar garantizados por la Ley. Pero, como señala FLORES D'ARCAIS, «la legalidad es a menudo impopular». En un sistema democrático, en el que los Poderes Legislativo y Ejecutivo se configuran conforme al principio de las mayorías, es necesario un Poder Judicial independiente, como garantía de la tutela de los derechos fundamentales de cada persona, con independencia del grupo a que pertenezca.*

*Por ello dice SALVATORE SENESE que el principio de independencia judicial tiene un hondo valor democrático: porque la independencia de la justicia constituye un instrumento de protección de los derechos fundamentales y ya que éstos son esencialmente derechos garantizados por la Ley frente a las mayorías, frente al Poder, su defensa exige unos jueces independientes que puedan amparar el derecho de las minorías, incluso frente a las presiones coyunturales de las mayorías.*

*En definitiva los Jueces se constituyen en garantía central del Estado de Derecho, en la piedra central del edificio del Estado Democrático y Constitucional, precisamente porque significan la garantía de los derechos fundamentales de las minorías. Es precisamente por ello por lo que «Jueces para la Democracia» ha considerado necesario dedicar a las minorías su VIII Congreso.*

Por el Secretario  
CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN  
Portavoz de Jueces para la Democracia





# PONENCIAS







# LA CONDICION DEL EXTRANJERO EN EL AMBITO PENITENCIARIO

Comisión de Derecho Penitenciario

*«Nadie es más que nadie»*

(Dice Antonio Machado que leyó en el dosel de una vieja casa castellana)

## INTRODUCCION

De las muchas críticas que hemos leído sobre la «ley de extranjería», ninguna de ellas aborda en profundidad los efectos que ésta produce sobre los extranjeros condenados a penas privativas de libertad. Su aplicación práctica convierte en papel mojado, en ocasiones, el enunciado de los artículos 1, 13 y 14 de la Constitución que sitúa la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, y el principio de no discriminación como rector de los derechos y libertades en ella consagrados.

En el penado extranjero confluye un doble prejuicio, el que genera la pena que extingue y el delito que cometió, y aquel otro derivado de su carácter de no nacional, y aunque, como veremos, la legislación penitenciaria no establece distinciones formales entre penados nacionales y extranjeros, la condición de estos últimos es mucho más gravosa que cualquiera otra en el cumplimiento de la pena.

En la actualidad el volumen de penados extranjeros en España es de 6.200 lo que representa un 16 % del total de la población reclusa (exclusión hecha de los dependientes de la Generalitat catalana, un 14,85 %). Tal volumen, y su previsible aumento, dadas las corrientes de emigración existentes hacia Europa, obliga a afrontar con rigor su situación en busca de soluciones que lleven a su integración, en el caso de ser deseada por ellos mismos. Lejos de ello, la actual política oficial en la materia parece limitarse a tratar de solucionar la presencia de penados extranjeros a través de la acentuación del mecanismo de expulsión durante la tramitación del proceso, así como tratando de aplicar los convenios sobre traslado de presos a sus lugares de procedencia para cumplir allí la pena impuesta. Frente a la política de integración que desde asociaciones humanitarias y de protección de derechos humanos se preconiza, una cierta xenofobia, si no racismo, parece que se instala en las desarrolladas sociedades europeas de fin de siglo.

Para estructurarlo tratamos de señalar en tres bloques de qué forma afecta la condición de extranjero al penado privado de libertad. Un primer bloque refleja las situaciones de desigualdad o desventaja derivadas de su propia condición de extranjero (desconocimiento del idioma, de nuestra legislación penal y procesal, ausencia de vínculos familiares, carencia de recursos económicos). A continuación analizaremos la legislación sobre extranjeros para poner de manifiesto como ésta contempla al penado que extingue o ha extinguido condena. Por último examinaremos la práctica penitenciaria con respecto a los extranjeros, y cómo su condición afecta a los derechos que como penado tienen y al disfrute de los beneficios penitenciarios.

## I. SITUACIONES GENERALES DE DESIGUALDAD DERIVADAS DE LA PROPIA CONDICION DE EXTRANJERO

### A) Derecho de defensa y derecho a la información

No descubrimos nada nuevo afirmando que el desconocimiento del idioma por parte del extranjero que se ve incurso en un proceso penal constituye una seria disminución de la efectividad de sus garantías procesales, al dificultar la comunicación con su propio Letrado, normalmente de oficio, y con el Tribunal o Juez que le juzgue, sin que la Administración de Justicia haya resuelto en forma alguna la dotación de intérpretes que garanticen dicha comunicación. Pues bien esa situación se sigue produciendo a lo largo de todo el proceso de ejecución de la pena. Numerosas quejas de internos extranjeros ponen de relieve que no conocen qué Tribunal o Juzgado lleva su causa, desconocen quién sea su Letrado, y si es que lo tienen designado, desconocen el curso del proceso y cuándo se celebrará el juicio. Ni tan siquiera se les consulta para decidir si se recurre o no su condena. Ello viene acentuado últimamente por los traslados de internos preventivos a Centros Penitenciarios fuera del mismo ámbito provincial donde van a ser juzgados y que no reciben las visitas de sus Letrados de oficio debido a la distancia geográfica.

El penado extranjero, de conformidad con el artículo 49 de la Ley General Penitenciaria (LGP) y 133 del Reglamento Penitenciario (RP) tiene derecho a recibir información sobre el régimen del Establecimiento, sus derechos y deberes, las normas disciplinarias, y los medios para formular peticiones, quejas o recursos. La ley señala que *«a los extranjeros que desconozcan los idiomas españoles, se les procurará traducción o explicación del folleto y hojas indicadas... solicitando la colaboración de los servicios consulares de la nación a que aquellos pertenezcan»*. Esta obligación, que es primordial para garantizar la efectividad de los derechos de los internos no se cumple. La ausencia de intérpretes en el seno de la Administración de Justicia y Penitenciaria supone que el penado extranjero se integra a convivir en un Centro donde toda la actividad es reglada, y no conoce ni sus normas, ni los procedimientos para hacer valer sus quejas y recursos, con lo que su participación en los procesos disciplinarios, por ejemplo, es ilusoria, y carente de contenido.

En este sentido, no cabe ser muy optimista. Conocemos la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la efectividad del derecho a expresarse en el propio idioma (SS.TT.CC. 82/86; 2/87 y 190/87) y su configuración como derechos de aplicación progresiva, en función de las posibilidades de la Administración en cada momento. Dicha doctrina, si bien no es directamente aplicable al caso contemplado, porque aquí hay desconocimiento del idioma español, sí puede indicarnos cuál va a ser el grado de exigencia a la Administración en estos casos.

### B) Ausencia de documentación necesaria

En numerosas ocasiones el penado extranjero carece de documentación acreditativa de su personalidad, a veces porque oculta la misma ante la existencia de requisitorias en su busca por otros motivos, o de órdenes de expulsión, en otras por el deficiente grado de desarrollo administrativo y burocrático de sus países de origen. Asimismo en muchos casos la entrada en España se ha hecho de forma ilegal, y además el residente ilegal sabe que la ausencia de documentación es una buena vía para elu-

dir la eventualidad de una expulsión administrativa al no admitir ningún país destinatario su entrega.

Tan ausencia de documentación conlleva la imposibilidad de regularizar su presencia en nuestro país, y genera la desconfianza en los órganos de la Administración penitenciaria hacia su comportamiento en libertad a los efectos de permisos o beneficios penitenciarios. No existe un censo ni relación de extranjeros penados indocumentados, es necesario que a través de las Comisiones Provinciales de Asistencia Social se proceda a regularizar la documentación de los penados extranjeros. De esta forma se pondrá al penado en contacto con sus embajadas y servicios consulares y se permitirá hacer efectivo el derecho que el artículo 93 y 102.3 RP establecen de mantener visitas y comunicaciones con sus agentes consulares, posibilitando además que el penado extranjero acceda a los beneficios de la asistencia social postpenitenciaria, o de aquellos otros que se establezcan en las legislaciones de sus respectivos países.

### C) Ausencia de enraizamiento en España

Esta situación objetiva derivada de su condición de no nacional provoca el progresivo aislamiento del exterior del recluso internado en Centro Penitenciario. Al mismo tiempo le dificulta la posibilidad de recibir visitas debido a las constantes trabas que se ponen desde los Centros Penitenciarios a admitir las mismas si no se acredita una relación familiar, de amistad o análoga, lo que en muchas ocasiones es en la práctica imposible de probar.

La inexistencia de programas de apoyo a reclusos extranjeros que les permitirían salir con permisos, o en régimen abierto, lleva a que sistemáticamente sean denegados éstos bajo la justificación de carecer de vinculación familiar. El penado extranjero carece las más de las veces de vinculación familiar en España, carece de amistades y de medios de vida. Esta situación que es objetiva y general, dadas las características de los internos que pueblan los Centros Penitenciarios, los cuales en su mayoría proceden de países subdesarrollados, no puede llevar, como está ocurriendo, a que sistemáticamente se les deniegue el acceso a los beneficios penitenciarios, a la progresión en su régimen de cumplimiento de condena, y a extinguir su última fase en libertad condicional. El artículo 9 de nuestra Constitución obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que impiden que la libertad e igualdad del individuo y el grupo en que se integra sean efectivas. La ausencia de políticas penitenciarias que contemplen la nacionalidad o el desconocimiento de la lengua como factor discriminatorio convierten una vez más en papel mojado las previsiones constitucionales.

En este sentido es de interés destacar la importante y eficaz labor llevada a cabo por Asociaciones privadas de apoyo a reclusos extranjeros que, aceptando su patrocinio y responsabilizándose de dar alojamiento y ayuda económica a los internos, posibilitan que disfruten con garantías de permisos. La experiencia llevada a cabo en algunos Centros penitenciarios indica la idoneidad de este trabajo, que debe ser apoyado e impulsado por la propia Administración, e indica también la necesidad de que ésta cree la infraestructura necesaria, a través de sus redes de asistencia social, que permita la equiparación del preso extranjero al nacional en este ámbito.

Es asimismo destacable la inexistencia de recursos económicos y de la posibilidad de conseguirlos por parte de los reclusos extranjeros, y cómo esta situación afecta a su condición personal. Sin fuente de ingresos exterior a través de ayuda familiar o de amigos, e incumplida con generalidad la obligación prevista en el artículo 25 de la

Constitución de proporcionar trabajo remunerado a los internos (sobre la cual también conocemos la doctrina del Tribunal Constitucional configurándolo como otro «derecho de aplicación progresiva») éstos se encuentran en ocasiones con que no pueden ni comunicar telefónicamente con sus países de origen.

De esta forma, y aunque estas situaciones pueden parecer muy domésticas a quien no conoce la vida en prisión, ha de ponerse de manifiesto que incapaces de comunicarse y entenderse por el desconocimiento del idioma, desasistidos jurídicamente por la falta de extensión del turno de oficio al ámbito penitenciario, sin documentación suficiente para regularizar su permanencia en España, sin contacto con el exterior por ausencia de grupo familiar, y faltos de recursos económicos con los que subsistir, el panorama que se presenta al penado extranjero es ciertamente difícil, y parece igualmente difícil que en estas condiciones la pena que cumple pueda responder siquiera mínimamente en alguna medida a la finalidad constitucionalmente señalada de promover la reeducación y reinserción del mismo.

## II. ANALISIS DE LA LEGISLACION DE EXTRANJERIA Y SU INCIDENCIA SOBRE EL PENADO PRIVADO DE LIBERTAD

En cuatro ocasiones cita la Ley General Penitenciaria y su reglamento la voz «extranjero». Lo hace para establecer su derecho a mantener comunicaciones y visitas de los agentes diplomáticos de sus países de origen; para establecer la obligación de la Administración Penitenciaria de comunicar el licenciamiento definitivo del interno incurso en un procedimiento de expulsión; para asegurar su derecho a recibir información sobre el régimen del Centro Penitenciario en su propia lengua; y para prever la posibilidad de que la libertad condicional se cumpla, con autorización del Juez de Vigilancia, en el país de residencia del interno.

Se puede decir que formalmente la legislación penitenciaria establece la igualdad de los nacionales y extranjeros en el cumplimiento de la pena, ya que no establece discriminación alguna en perjuicio de éstos. Sin embargo, como luego veremos no es ésta la práctica diaria de los Centros Penitenciarios, y en ello tiene decisiva influencia la actual legislación sobre extranjeros cuya incidencia en el ámbito penitenciario pasamos a analizar, adelantando ya que deja muy pocos resquicios para hacer coherente el cumplimiento de la pena con las finalidades constitucionalmente previstas, ya que imposibilita prácticamente la integración del penado extranjero en la sociedad española.

### A) La Ley y el Reglamento sobre extranjeros

La Ley Orgánica 7/85 de 1 de julio sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España (en adelante LDDLLEXT) es consecuencia del mandato constitucional fijado en su artículo 13, según el cual «*Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título, en los términos que establezcan los Tratados y la ley*».

Ello obligaba a fijar legalmente estos términos en los cuales se produciría la no discriminación. El análisis que hacemos se limitará a aquellos aspectos que tienen incidencia y repercusión en el ámbito penitenciario, ya que es importante establecer cuáles son las perspectivas que tiene el penado extranjero de quedarse en España,

una vez cumplida la pena, ya que ello incidirá decisivamente sobre su tratamiento y la orientación de su régimen de cumplimiento de condena. Su estudio nos llevará a la conclusión de que esta ley es un texto legal de «policía» —en el sentido administrativo del término— una «ley de extranjería», y no una «Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros», ya que establece infinidad de causas de expulsión y de prohibiciones de entrada a España derivadas de una desconfianza global hacia el extranjero, y una absoluta desconfianza hacia el extranjero con antecedentes penales, no cumpliendo en absoluto la finalidad pomposamente anunciada en su exposición de motivos en el sentido de que la ley «*pretende favorecer la integración de los extranjeros en la sociedad española*».

Para quienes trabajan en el ámbito penitenciario es importante saber cuáles son las perspectivas de un ciudadano extranjero privado de libertad, en qué medida puede permanecer en España como residente, asilado o refugiado, para de esta forma enfocar su actividad en el Centro Penitenciario y su tratamiento, hacia su permanencia o abandono del territorio nacional.

### A.1. Acceso a España

La primera situación que ha de analizarse es si la estancia del interno es o no legal, para en su caso legalizarla. El acceso a nuestra nación exige cuatro condiciones:

- \* Que no exista prohibición de entrada;
- \*\* poseer la documentación necesaria;
- \*\*\* disponer de medios económicos para subsistir y
- \*\*\*\* hacer la entrada por el lugar destinado al efecto.

De ellas sólo analizaremos la primera. Puede pensarse que no es importante el análisis de las prohibiciones de entrada puesto que el penado extranjero se encuentra ya en nuestro país, sin embargo ocurre que las causas de expulsión y de revisión del derecho de residencia reenvían a estas prohibiciones de entrada.

Encontramos en el artículo 14 b) LDDLLEXT como prohibición de entrada la situación del extranjero que encontrándose fuera de España, se hallare incurso en los supuestos de los apartados c) o d) del artículo 26.1 de la ley. Y el artículo 26 de la ley, que fija las causas de expulsión, en su apartado d) establece la posibilidad de expulsar al extranjero que «*haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales estuvieren cancelados*».

De esta forma aparece aquí una prohibición de entrada de todo ciudadano extranjero que haya sido condenado a pena superior al año. Ello va a tener una influencia decisiva, ya que al ser ésta también una causa de expulsión, sitúa en este trance a casi todos los reclusos extranjeros en España, que, al ser excarcelados, son susceptibles de expulsión, y que en caso de haber salido de nuestro país, no pueden regresar al mismo.

### A.2. Obtención de permiso de residencia

La permanencia legal y continuada en España de un extranjero se consolida mediante la obtención del permiso de residencia (la cual, en el caso de ser legal y continuada puede dar lugar —a los diez años o menos según los casos— a la obtención de la nacionalidad española). El permiso de residencia es obligatorio para toda per-

manencia en España superior a seis meses. Es principio básico en el derecho de extranjería que, salvo en las situaciones de asilo y refugio, ningún ciudadano extranjero que no se encuentre en una situación de estancia, transformable en residencia, puede optar por quedarse más de seis meses.

Ya el artículo 22 LDDLLEXT no permite que se documente al ciudadano extranjero indocumentado que no lo pueda ser por otro país si está incurso en alguna de las causas de expulsión del artículo 26. El artículo 16 y siguientes del Reglamento establecen la prohibición de conceder «prórroga de estancia» a aquel extranjero que sea objeto de alguna de las prohibiciones de entrada del artículo 14. El artículo 20 del reglamento prevé la extinción de la vigencia de prórroga de estancia por incurrir el extranjero en alguno de los supuestos de expulsión del artículo 26.

Igualmente, al regular la solicitud y obtención del permiso de residencia —ya sea inicial, ordinaria o especial— se exige aportar certificado de antecedentes penales del país de procedencia y de España. Y el artículo 23 del Reglamento supedita taxativamente la concesión de cualquier permiso de residencia a no estar incurso en ninguna de las prohibiciones de entrada o en alguna de las causas de expulsión (recordemos que en ambas se incluye la condena anterior por delito castigado con pena superior a un año de privación de libertad).

De esta forma se van cerrando al ciudadano extranjero penado todas las posibilidades de rehacer su vida en España, al impedírsele su permanencia en base a un criterio estrictamente de policía e irrazonado, como es «tener antecedentes penales», y además con una barrera bajísima, como es la pena privativa de libertad superior a un año, la cual abarca prácticamente todos los tipos del código penal, al ser la prisión menor la pena modelo de las infracciones menos graves.

### *A.3. El permiso de trabajo*

El penado extranjero que cumple o ha cumplido su pena privativa de libertad tampoco puede ya trabajar legalmente en España porque la «ley de extranjería» en su artículo 15 contempla el permiso de trabajo simultáneamente con el de residencia, previendo que ambos sean de idéntica duración, e incluso que se expidan en un documento unificado, ajustándose su concesión y expedición a un procedimiento único.

Por todo ello el penado extranjero no puede permanecer legalmente en España tras su excarcelación, debido a su condición de ex penado. Su situación es de ilegalidad, se encuentra incurso en prohibición de entrada y en causa de expulsión, no puede obtener permiso de residencia ni de trabajo. En tales condiciones ¿puede servir el cumplimiento de la pena para reintegrar a este individuo a la sociedad?, ¿cumple la legislación con esa finalidad anunciada de integrar al extranjero en la sociedad?, ¿es razonable que el cumplimiento de la condena y la extinción de su responsabilidad penal no tenga ningún efecto positivo sobre el ciudadano extranjero? Con esta ley el cumplimiento de las penas privativas de libertad del extranjero carece de otro horizonte que no sea la propia pena en sí misma. El extranjero que cumple condena en España acabará siendo expulsado o residiendo ilegalmente, condenado así, de nuevo, a la marginación, que es tanto como decir a la delincuencia.

### **B) La ley reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado**

Por la Ley 5/84 de 26 de marzo, y reglamento del desarrollo de 20 de febrero de 1985, se regula en nuestra legislación la figura del asilo y el refugio, consideradas como dos instituciones distintas.

Basadas en «*criterios de hospitalidad, solidaridad y tolerancia que deben inspirar el estado democrático definido en nuestra Constitución*» —según su exposición de motivos— uno puede esperar de esta ley un trato diferenciado y preferente para la situación de los ciudadanos presos originarios de países subdesarrollados cuyas convulsiones étnicas, políticas y religiosas han ocasionado graves persecuciones, y por ello un movimiento migratorio hacia Europa.

El derecho de asilo se aplica a personas perseguidas por criterios ideológicos o políticos, derivados de su raza, religión o nacionalidad, y supone el derecho del asilado a no ser extraditado al país que le reclama, y nunca expulsado al país perseguidor. Puede conllevar asistencia social y económica, otorgamiento de autorizaciones temporales de trabajo e incluso la autorización de residencia. El artículo 3.3 de la ley lo extiende a quien, aún no siendo perseguido por criterios ideológicos o políticos, puede merecerlo por razones humanitarias. Es decir, que los motivos de asilo son amplios, y a ellos pueden acogerse los ciudadanos extranjeros que no desean volver a su país por las causas antes indicadas.

Sin embargo, nuevamente la ley, olvidando sus enunciados solidarios y de tolerancia, fija en su artículo 3.4 causas taxativas en las que no se concederá el asilo, y entre ellas aparece la condena anterior. Dice la Ley que «*en ningún caso se concederá el asilo a quien con anterioridad a la concesión del mismo, hubiera cometido, fuera del país por el que es perseguido... un delito común grave, entendiéndose por tales los que están sancionados en el Código penal español con pena superior a prisión mayor*» (superior a seis años).

De esta forma de nuevo la condición de ex penado acarrea la imposibilidad de acogerse a estas modalidades de permanencia en España. Con un criterio simplista y discriminatorio, en nuestra opinión infundado, se pretende que ningún extranjero condenado en España pueda permanecer en el territorio una vez extinguida la pena, o al menos en situación de legalidad —porque de hecho permanecen muchos ilegalmente— y ello cualquiera que haya sido su evolución, y cualquiera que sea el pronóstico de vida en libertad que se haga del interno.

Las previsiones de esta legislación van a tener nefastas consecuencias en la práctica penitenciaria, como veremos.

### C) La práctica penitenciaria y la condición de extranjero

Como ya decíamos antes la condición de extranjero no es en nuestra legislación penitenciaria elemento diferencial en el tratamiento de los penados ni en su régimen. Pero es sabido que bajo la cobertura de la equiparación formal que es la igualdad legal o jurídica, se albergan todo tipo de discriminaciones. Estas nacen de la práctica penitenciaria y de la ausencia de medidas que limen el aspecto diferencial que puede presentar el penado extranjero frente al nacional a la hora de decidir sobre el mismo.

### A) Régimen de visitas

El derecho de recibir visitas y comunicarse con el exterior del Centro Penitenciario, desarrollado en el artículo 89 y siguientes del Reglamento Penitenciario obedece a la finalidad de mantener vivo el contacto con la vida en libertad del interno. En el caso de los extranjeros suelen plantearse muchas quejas de los mismos por la dene-



gación sistemática de autorizaciones para recibir dichas visitas, o mantener dichas comunicaciones. Para un ciudadano extranjero, acreditar su vinculación con las personas que le van a visitar es harto difícil, muchos de ellos son detenidos en la propia aduana, o sus amistades se limitan a familiares o amigos de ex reclusos a los que han conocido a través de su estancia en prisión, pero sin que con ellos hayan mantenido un continuado contacto en libertad. De esta forma, y para favorecer dichos contactos, es preciso flexibilizar los criterios que se exigen a los presos extranjeros para autorizarles a comunicar, de otra manera están siendo condenados al aislamiento perpetuo.

De igual forma ha de operarse con las comunicaciones íntimas o vis a vis. Su finalidad y efectos justifican sobradamente la necesidad de su concesión con un mínimo de requisitos de control. No podemos olvidar que, como veremos, los internos extranjeros disfrutaban de muchas menos salidas al exterior que los nacionales, y en esa medida debe favorecerse este tipo de contactos con la sociedad en que vivirán en libertad.

## B) Permisos de salida

La Ley General Penitenciaria y su Reglamento (art. 47 y 48 y art. 254 y 255, respectivamente) regulan y establecen la posibilidad de conceder permisos de salida ordinarios (de hasta siete días, y por un total de 36 y 48 días por año según se encuentre clasificado en segundo o tercer grado), previo informe del equipo técnico, a los internos que reúnan una serie de requisitos, que son: haber extinguido la cuarta parte de la totalidad de la condena y no observar mala conducta. Prevé asimismo el precepto que no obstante reunir estos requisitos objetivos, la Junta de Régimen y Administración podrá denegar el permiso ordinario si considera por informaciones o datos fidedignos, o por la concurrencia de circunstancias peculiares en el interno, que es probable el quebrantamiento de condena, la comisión de nuevos delitos o que el permiso repercutirá perjudicialmente sobre el interesado desde el punto de vista de su preparación para la vida en libertad.

El permiso de salida —como ha sido expuesto recientemente— responde a la finalidad esencial de la pena privativa de libertad, es decir, la reeducación y reinserción social (art. 25.2 de la Constitución) y se integran en el sistema progresivo formando parte del tratamiento. Todos los permisos cooperan a la preparación de la vida en libertad del interno, fortalecen los vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión con el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno, y con ello al desarrollo de su personalidad, le proporcionan información sobre el medio social en el que han de integrarse, indican cuál es la evolución del preso. Aunque, en el otro lado de la balanza constituyen obviamente una vía fácil de elusión de la condena, y por ello su concesión no es automática y junto a una serie de requisitos objetivos necesarios y no suficientes ya expuestos han de no concurrir circunstancias que impidan o aconsejen la no concesión del permiso por ser perturbador del tratamiento, o de la conducta del interno o existir indicios de que no se vaya a hacer buen uso del mismo en libertad, ya sea por la larga duración de la condena, por el deficiente medio social en el que ha de integrarse el interno, por la falta de apoyo familiar o económico, por la falta de enraizamiento en España —caso frecuente en los reclusos extranjeros—

o en definitiva por no existir una expectativa de vida en libertad pronta que justifique la preparación de la misma a la que el permiso tiende.

La masificación de los Centros Penitenciarios está llevando en la práctica, y en muchas ocasiones, a la adopción de criterios «standard» para la autorización o denegación de los permisos. Cabe decir —con todas las salvedades que las situaciones individuales generan— que todo interno nacional, con pena inferior a seis años, con arraigo familiar, y buena conducta penitenciaria, está saliendo regularmente con permisos ordinarios. Y ese mismo automatismo —derivado de la falta de estudio individual de los internos y de la ausencia de tratamiento— lleva a denegar una y otra vez los permisos a ciudadanos extranjeros aunque reúnan los requisitos objetivos antes expuestos, por no ofrecer para las Juntas de Régimen y Administración garantías de hacer buen uso por falta de arraigo familiar.

Frente a esto han de buscarse fórmulas que permitan el disfrute de permisos a penados extranjeros, estableciendo en su caso medidas de control a través de la retirada de la documentación, o a través de las modernas técnicas de localización electrónica; o bien saliendo en grupos los internos con el patrocinio de entidades públicas o privadas de carácter humanitario.

### C) Progresión de grado. Régimen abierto

A cualquier observador sorprende la equiparación que en la práctica se hace en los Centros penitenciarios entre la concesión del régimen abierto previsto en el artículo 45 de la LGP y la posibilidad de ejercer un trabajo fuera del Centro como requisito para ello. El tercer grado no fue concedido únicamente para que el interno de segundo grado con buena conducta penitenciaria y posibilidad de trabajo salga a ejercerlo. El régimen de semilibertad en que el tercer grado consiste, unido al mayor disfrute de permisos, no puede estar en función exclusiva de las posibilidades laborales del individuo. Si ello fuera así, como en la práctica ocurre muchas veces, los extranjeros nunca podrían obtener régimen abierto. El artículo 43 RP hace referencia a la imposibilidad de tener trabajo como factor a valorar a la hora de conceder tercer grado con régimen distinto al del artículo 45 RP, pero también se hace referencia a otros factores, y no puede bascular exclusivamente sobre este concepto, ya que es la propia evolución del interno y la confianza que en él pueda depositarse la que ha de determinar su progresión de grado.

Sin embargo esa vinculación entre régimen abierto y puesto de trabajo, está imposibilitando al interno extranjero su acceso a este régimen. Como ya expliqué antes, el penado extranjero con pena superior al año de privación de libertad no va a obtener nunca permiso de trabajo porque legalmente le está vedado. Por ello, su condena penal, además de privarle de su libertad, le priva de la posibilidad de volver a trabajar legalmente, y como consecuencia, se le condena a cumplir la pena íntegra en régimen de reclusión cerrada.

Debemos por ello ahondar en otra concepción del régimen abierto y del tercer grado que permita al preso extranjero obtenerlo y cumplir su condena en un régimen distinto; si su evolución así lo exige. Podrá de esta forma salir del Centro Penitenciario a realizar estudios, cursos de formación o cualquier otra actividad útil para su desarrollo como persona libre. Quizás el primer paso necesario es la creación de Centros Penitenciarios de tercer grado, hoy inexistentes como tales, de forma que éstos

servan para cumplir lo previsto en la Ley General penitenciaria, y no dormitorios de penados de régimen abierto en los que únicamente se duerme, tal y como son las secciones de régimen abierto existentes en la mayoría de los Centros.

#### D) Libertad condicional

La libertad condicional es un beneficio penitenciario que forma parte del sistema progresivo y a través de la misma se pretende que aquel condenado que reúne los requisitos que luego se dirán y que recoge el artículo 98 del Código Penal, y que ha demostrado que no necesita más su permanencia en prisión por haber alcanzado un alto grado de resocialización, cumpla en libertad el último tramo —la última cuarta parte— de su condena. Es por tanto la última fase de la ejecución penal y permite al penado a más de un año de privación de libertad el abandono de la prisión siempre que se encuentre clasificado en tercer grado y merezca dicho beneficio por su intachable conducta (se entiende disciplinaria) y porque ofrezca garantías de hacer vida honrada en libertad. Durante el tramo de tiempo que ésta dure estará el penado bajo la vigilancia y tutela de la correspondiente Comisión de Asistencia Social.

Como ya he expuesto, al penado extranjero la LDDLLEXT le impide la obtención de permiso de trabajo si su condena es superior a un año. Sin él se le condena a la marginación y a la ilegalidad, y difícilmente va a ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad. Al penado extranjero no le queda sino marchar a su país de residencia a cumplir la última parte de la condena. Entiendo que siempre que se den los demás requisitos debe hacerse uso de la posibilidad que concede el artículo 63 del R. Penitenciario de autorizar el cumplimiento fuera de nuestro país. Aquí las C.A.S. tienen un importante papel asignando los recursos necesarios para satisfacer el billete de regreso a sus países de estos ciudadanos, como prestación social mínima que ha de hacerse a quien la legislación nacional no permite valerse por sí mismo mediante el desarrollo de una actividad laboral legal. No deja de ser contradictorio que al penado extranjero no se le conceda libertad condicional por no ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad, y al licenciarse se le deje en libertad sabiendo que no va a poder trabajar, ni tan siquiera residir, legalmente en España.

En relación con su posible acceso a la libertad condicional como forma de cumplir el último cuarto de la pena el artículo 63 del reglamento penitenciario —sin encontrar referencia previa en la ley—, en su párrafo 3 expresa que *«si el penado propuesto para libertad condicional fuere un extranjero con residencia fuera de España, se recabará del Juez de Vigilancia autorización para que aquél pueda cumplir el período de libertad condicional en el país de su residencia...»*.

Conjugando esta posibilidad con el requisito de hacer vida honrada en libertad que exige el artículo 98 del C. Penal —y puesto que debido a su falta de documentación, permiso de residencia y posibilidades de trabajo este grupo de ciudadanos no van a poder normalmente subsistir económicamente en España con independencia, ni residir legalmente al estar incurso en la prohibición de entrada derivada de su condena superior a un año— los Jueces de Vigilancia penitenciaria vienen concediendo la libertad condicional a los extranjeros sin enraizamiento en nuestro país, condicionada a que la disfruten en su país de origen, y añadiendo que el extranjero al que se concede la libertad condicional para cumplirla en su país de origen «no podrá ser excarcelado hasta que existan garantías de que abandonará el país».

Existía una constante negativa de las Comisiones Provinciales de Asistencia So-

cial a satisfacer el pago de dicho billete de regreso (el cual entiendo debe ser asumido, entre otras razones porque así lo prevé el artículo 37 del Reglamento Penitenciario al establecer que «*en el momento de su puesta en libertad... si (el liberado) careciere de medios económicos, se le facilitarán los necesarios para llegar a su residencia y subvenir sus primeros gastos*»).

De esta forma, cumpliendo lo previsto en el artículo 37 del R. Penitenciario, y facilitando la aplicación del artículo 63 del mismo texto legal podemos conseguir que los internos extranjeros, que por regla general vienen cumpliendo los requisitos del artículo 98 del C. Penal a excepción del último de ellos puedan abandonar nuestro país y nuestros Centros Penitenciarios beneficiándose de la libertad condicional, situación que hasta ahora no se viene dando con generalidad por los problemas antes expuestos.

En todo caso, como quiera que la libertad que se concede es condicionada, puede hacerse contraer al ciudadano extranjero el compromiso de no regresar a nuestro país durante el periodo de libertad condicional, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la revocación del beneficio concedido.

Sobre este tema habría que poner también de relieve que en los últimos tiempos, según detectamos en los Centros Penitenciarios, al conocer los penados extranjeros estas dificultades para abandonar España en libertad condicional, se está incrementando el número de quebrantamientos de permiso en la última fase de la condena, precisamente ante la tesitura de conocer que la libertad condicional no va a poder ser disfrutada al no tener medios para abandonar el país.

Entendemos que debe ser fomentada esta vía y facilitar de esta forma la excarcelación en libertad condicional de los internos extranjeros que deseen regresar a su país de residencia. Todo ello sin perder de vista la subsistencia de la ley reguladora del derecho de asilo y los desos de muchos de los penados de no regresar a su país de origen donde persecuciones de todo tipo les esperan por el hecho de haberse vistos incurso en procesos penales en otros países.

Sin embargo y pese a lo expuesto, la Secretaría General de Asuntos Penitenciarios y el Ministerio del Interior parecen decididos a conjugar dos instituciones difícilmente coordinables, *la libertad condicional y la expulsión administrativa de extranjeros en base a la ley reguladora de derechos y libertades de extranjeros en España*, a la vista de la Circular de 4 de diciembre de 1990 remitida a los Centros Penitenciarios y la que ha sustituido a ésta. Esta vía, aparte de su dudosa eficacia y legalidad, es más engorrosa por varios motivos:

- 1) Requiere la autorización del Tribunal sentenciador y del Juzgado de Vigilancia penitenciaria, así como la de aquellos otros Tribunales ante los que tenga causas pendientes, aún en libertad.
- 2) Exige la coordinación con autoridades policiales y el pago de los billetes con cargo a los presupuestos de otro Ministerio, el de Interior.
- 3) Puede tener graves repercusiones personales para los extranjeros que son expulsados a países sin tradición democrática que anudan consecuencias sancionadoras (e incluso de nuevo el encarcelamiento) de quienes llegan expulsados administrativamente, lo que va a provocar la oposición de muchos de los internos, y la presentación de recursos dilatorios en la tramitación de los expedientes de expulsión.

Frecuentemente por ello llegan a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria peticiones de Jefaturas Superiores de Policía que preguntan «*si por parte del Juzgado*

*de Vigilancia Penitenciaria hay inconveniente en que a un determinado penado se le expulse durante el período de libertad condicional o durante la tramitación de este expediente»,* peticiones que se hacen aún antes de la concesión de esta forma de cumplir condena.

No cabe pronunciarse anticipadamente sobre si se va a autorizar o no una expulsión durante la libertad condicional, ya que habrá que examinar los supuestos caso a caso y ver las circunstancias concurrentes. Pueden darse varias circunstancias según la legislación penitenciaria y de extranjería vigente:

- A) Que se proceda a la expulsión como sustitución de la pena privativa de libertad (artículo 26 de la ley reguladora de derechos y libertades de extranjeros en España). Ello habrá de ser autorizado por el Tribunal Sentenciador ya que es una medida que sustituye a una pena de prisión y nada en principio compete legalmente al Juez de vigilancia en este aspecto.
- B) Que se conceda al penado extranjero la libertad condicional al amparo del artículo 63 del reglamento penitenciario, es decir, para disfrutarla en su país de origen, en cuyo caso carece de sentido el plantear la expulsión administrativa ya que por propia definición el penado va a abandonar el país y únicamente en caso de que existan garantías de que lo vaya a abandonar se le excarcelará en libertad condicional. Si el interno quiere abandonar el país voluntariamente, y accede a marcharse en las condiciones fijadas no podrá procederse a su expulsión en ningún caso.
- C) Que el penado extranjero, al igual que cualquier otro penado español, reúna todos los requisitos para disfrutar la libertad condicional en nuestro país, porque también ofrezca garantías de hacer vida honrada en libertad. En este caso no se autorizará la expulsión, pues el penado ofrece garantías de hacer vida honrada en libertad y tiene derecho a pasar esa parte de la pena —la última 1/4 parte— en España. No cabría razón alguna para interrumpir ese proceso y, como dije, no hay justificación para autorizar la expulsión en dicho período.

Siempre habrá de analizarse el caso a caso, la libertad condicional es una forma de cumplir condena y por tanto, aunque se esté «en libertad» se está en relación especial de sujeción con la Administración penitenciaria y de Justicia sin que sea oportuno, ni legal, ni lógico, tramitar y ejecutar la expulsión en este período. Tampoco cabe obligar al interno a soportar la expulsión en libertad condicional bajo control del Juzgado de Vigilancia. La obtención de la libertad condicional no puede ser una vía irregular de adelantar temporalmente la expulsión poniendo al penado en libertad para que pueda ser expulsado administrativamente, ya que este beneficio —el de libertad condicional— es renunciable y si el interno no quiere tampoco cumplir su libertad condicional en su país de origen —artículo 63 RP— continuará penado en el Centro Penitenciario donde se encuentra —quizás en régimen abierto y trabajando diariamente en España—. Si se pretende su expulsión deberá instarse por la vía prevista en el artículo 26 de la Ley reguladora de los derechos y libertades de extranjeros, es decir, por el mecanismo de sustitución de la pena por la medida de expulsión a que nos referimos en el apartado A).

- D) Que el penado haya ya extinguido ya sus condenas, con lo que desaparecida su relación jurídica con la Administración penitenciaria y la Administración de Justicia, su situación administrativa se regirá por la Ley reguladora de

los derechos y libertades de los extranjeros en España, sin que el Juez de Vigilancia ni el Tribunal sentenciador tengan nada que decir sobre la tramitación de tal expediente gubernativo.

En definitiva, es imposible hacer un pronunciamiento anticipado sobre si «en el supuesto de que el interno acceda a la libertad condicional se autorizaría que el mismo fuese expulsado durante la tramitación de la misma o durante su disfrute» ya que dependerá de si se le concede o no, si reúne o no los requisitos legales, de las condiciones en que se le conceda, de si es por la vía ordinaria o por la del artículo 63 del Reglamento penitenciario, de si ofrece o no garantías de hacer vida honrada en libertad en España. La situación es lo suficientemente compleja como para responder con un sí o un no a la petición que se expresaba al inicio de este apartado.

Por último debe destacarse que en ocasiones el extranjero penado a más de un año de privación de libertad que se acerca al cumplimiento de las 3/4 partes de condena, y se halla clasificado en tercer grado, habiendo observado buena conducta en el Centro Penitenciario, y del cual se va a estudiar su posible acceso a la libertad condicional ordinaria o en la vía explicada del artículo 63 del R. Penitenciario *tiene pendiente de ejecución una petición de extradición ya concedida, o pendiente de concesión por parte de los Tribunales competentes españoles*. Objetivamente será difícil decir que el penado ofrece garantías de hacer vida honrada en libertad cuando tiene aún pendiente una petición de enjuiciamiento por parte del Tribunal extranjero. Si fuera español su situación sería pareja a la de aquel que se encuentra preventivo y extinguiendo condena al mismo tiempo y llega al cumplimiento de la mayor parte de la responsabilidad penada. De acuerdo con el ordenamiento español no es posible clasificar en tercer grado si hay una responsabilidad preventiva.

En el caso que analizamos la jurisdicción la tiene un Tribunal también extranjero, que puede pedir su detención cautelar o preventiva hasta tanto se proceda a resolver y ejecutar la petición de extradición, en cuyo caso la actuación menos perjudicial para el penado, y que garantiza su sometimiento a los Tribunales que le reclaman y el cumplimiento de la pena impuesta es que la libertad condicional que se le conceda, de conformidad con el artículo 63 del Reglamento Penitenciario, sea para disfrutarla en su país de origen y responder allí de los delitos cometidos y pendientes de enjuiciamiento. Por ello no puede procederse a su excarcelación hasta tanto se comunique esta situación al Juzgado que autorizó la extradición, cuya ejecución normalmente está supeditada al cumplimiento en España de las responsabilidades penales pendientes, a fin de que se coordine policialmente la entrega a su país de origen, en virtud de la demanda de extradición ya concedida.

Creo que es imperiosa la reforma de la ley de extranjería en estos extremos comentados para que el cumplimiento de la pena privativa de libertad cumpla las finalidades constitucionalmente previstas.

# MINORIAS MARGINADAS: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA RESIDENCIA Y TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Sección Territorial del País Valenciano

## PREAMBULO

La inmigración se nos muestra actualmente como fenómeno estructural y generalizado y no ya como un problema meramente coyuntural y localizado geográfica y temporalmente. La trascendencia del fenómeno migratorio se proyecta por tanto, no sólo en la gravedad de su vertiente humana, sino asimismo por constituir un factor de necesaria toma en consideración, para cualquier análisis científico de los conflictos sociales y económicos, y consiguientemente para el estudio de cualquier hipótesis del acontecer histórico, apareciendo presente ya en alguno de los más recientes ensayos<sup>1</sup>. Su irrupción de forma precipitada y en cierto modo imprevisible hace escasas décadas, explica tanto la inexistencia de cualquier tipo de respuesta meditada al fenómeno, desde la perspectiva de los planteamientos ideológicos —caracterizados, en este punto, por su ambigüedad— como las respuestas institucionales puramente defensivas que ha producido.

El objetivo de estas breves líneas, ajeno a toda tentativa de aproximación doctrinal o exhaustiva a la materia, no pretende ser sino una reflexión acerca de cual pueda ser, desde parámetros progresistas, la actitud de uno de los poderes públicos: el judicial, que pese a ser un aplicador de la ley, no debe serlo con el mero automatismo de su literalidad.

Incluso para el observador más superficial, es evidente la constatación de que la inmigración ha generado en Europa una reacción defensiva del status material de vida, y de la propia cultura occidental, fortaleciendo los sentimientos nacionales y de protección de lo «propio». Reacción que, con preocupante frecuencia, desborda el marco institucional y exterioriza sentimientos colectivos de irracionalidad, violencia y racismo.

Obviamente, existen, cómo no, unas profundas raíces filosóficas del problema, afinadas sobre aspectos culturales y sociológicos, y sobre las que el operador jurídico difícilmente va a poder actuar. Señala DAVID A.J. RICHARDS<sup>2</sup>, cómo las diferencias culturales de determinados grupos de población, respecto de la dominante ortodoxia cultural, —frecuentemente producto de una historia de subyugación— son hipostasiadas proyectivamente en unas diferencias raciales naturales que son la base para los intentos de excluirlos de la comunidad política, dando lugar así a una violación central de la exigencia de igual protección que se debe a todas las personas sometidas al poder político legítimo; igual protección de sus derechos inalienables y de sus intereses.

---

<sup>1</sup> Vide, v.gr: SAMUEL HUNTINGTON. «El conflicto entre civilizaciones, próximo campo de batalla». Ensayo publicado en la revista «Foreign Affairs».

<sup>2</sup> DAVID J. A. RICHARDS. «Tolerancia y prejuicio: observaciones para Tossa de Mar». Cuadernos de Filosofía del Derecho. Seminario de F.D. Universidad de Alicante y Centro de Estudios Constitucionales. Alicante, 1992, págs. 38 y ss.

Añade este autor que la unidad nacional se invoca en ocasiones como argumento que encubre planteamientos racistas. Afirma que la unidad cultural no es, por definición, una base ilegítima para la unidad nacional, pues una cultura política comprometida con el pluralismo y los derechos humanos, no solo es legítima sino éticamente valiosa; pero la unidad cultural, cuando es expresamente hostil a los derechos humanos universales, es una base inestable, altamente infundada y éticamente regresiva para la unidad nacional; de hecho, articulará y afirmará sus valores positivos —a veces escasamente razonables— sólo por la fuerza de la reacción contra sus imaginarios enemigos.

## ESTADO DE DERECHO, PODER JUDICIAL Y MINORIAS

Pero, centrados en lo que constituye el campo instrumental de actuación del poder judicial, hay que partir de la premisa de que, dotados como estamos de una estructura política constitucionalmente definida como Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1 CE), la soberanía reside en el pueblo, y de él emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 CE), hallándose aquel representado en las Cortes Generales (art. 66.1). Consecuentemente, las decisiones del pueblo se exteriorizan a través de las leyes emanadas del Parlamento. Así, mediante Ley Orgánica 7/85, de 1/Julio, los órganos representativo del pueblo español definieron el marco de los derechos y libertades de los extranjeros en España. La Administración desarrolló dicha Ley a través del R.D. 1119/86, de 26 de Mayo.

Se trata de una ley que, como señala FLORES GIMENEZ<sup>3</sup>, pese a destacar en el Preámbulo su preocupación por reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades, y alardear de que sus garantías «sólo ceden ante exigencias de la seguridad pública claramente definidas», va a evidenciar que la distancia entre la realidad y lo prometido por su Preámbulo es demasiado grande. En palabras de LOPEZ GARRIDO<sup>4</sup>, nos hallamos ante una «legislación administrativizada», cuyo objetivo no es otro que «poner en manos de la Administración todo tipo de posibilidad de acción». El amplio margen de discrecionalidad con que cuenta la Administración en esta materia ha sido abiertamente criticado por el propio Defensor del Pueblo en su Informe anual de 1990. Sin duda, y enlazando con lo dicho al inicio de estas líneas, se ha promulgado una norma que no aparece precisamente inspirada en el principio de tolerancia, sino en el de desconfianza y defensa del sistema. Y esa es la normativa que nos corresponde aplicar, en cuanto órganos que constitucionalmente tenemos atribuida en exclusividad tal función.

Es sabido que ya desde HOBBS el reduccionismo positivista vino a identificar todo derecho positivo emanado del legislador como derecho justo; hoy en día, aún cuando, como señala PECES BARBA<sup>5</sup> sólo un poder político democrático puede incorporar al derecho positivo los ideales de justicia de los valores y derechos fundamentales, tal labor requiere en su concreción práctica, el concurso de los operadores jurídicos, al aplicar no sólo las normas, sino asimismo los principios y valores superiores del ordena-

<sup>3</sup> FERNANDO FLORES GIMENEZ. La normativa para los extranjeros no comunitarios en España. R.G.D. núm. 585, Junio, 1993, pág. 5761.

<sup>4</sup> LOPEZ GARRIDO, D. El derecho de asilo. Madrid, 1991, pág. 139.

<sup>5</sup> Conferencia de Apertura Jornadas sobre Derechos Humanos. CGPJ, Abril, 1986.



miento, que nuestra Constitución positiviza en su artículo 1.1 (libertad, igualdad y pluralismo).

No obstante, y como ya observara PERFECTO ANDRES IBAÑEZ<sup>6</sup>, «*en un modelo de Estado como el que diseña la Constitución de 1978; la democracia no se agota en el principio representativo, aún siendo éste radicalmente básico para la misma*». Así, el criterio de la opinión de las mayorías no constituye por sí mismo el criterio final de valoración de una realidad empírica; los derechos humanos constituyen la principal referencia legitimadora, incluso frente a la imposición de la mayoría. Existen aspectos indisponibles incluso para las instituciones parlamentarias<sup>7</sup>. De hecho, en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (el más significativo, sin duda, la STC 115/87, de 7/Julio), este órgano ha venido corrigiendo la voluntad parlamentaria, en materia de derechos y libertades de los extranjeros, y adecuandola a las exigencias de la Constitución.

Así, ha afirmado LUCIANO VALERA<sup>8</sup> que la necesidad de garantizar derechos, eventualmente opuestos a coyunturales opciones mayoritarias, exige una posición institucional del Poder Judicial.

Los órganos jurisdiccionales no deben plantearse tanto la búsqueda de una legitimidad de origen, como de una legitimidad de ejercicio. Y es precisamente en cuanto instrumento de garantía de esos derechos de las minorías, incluso frente a normas discriminatorias emanadas de las mayorías, como encuentra el Poder Judicial uno de sus factores de legitimación.

## DIVERSIDAD DE REGIMENES DE MINORIAS

Se impone una distinción previa antes de abordar la temática de la extranjería. Efectivamente, el extranjero forma parte del conjunto genérico «minorías», a los efectos de definir su status jurídico; sin embargo en su tratamiento normativo se da un plus de discriminación y penosidad del que no participan otros colectivos minoritarios. Y ello por cuanto existen unas minorías generadas por el sistema (minorías lingüísticas, culturales, nacionales, marginales, etc...), cuyo status mínimo de derechos, los poderes públicos, por imperativo del texto constitucional, se ven compelidos a tutelar y garantizar, aún cuando sólo sea por aplicación del principio de igualdad (art. 14 CE), dado que forman parte del mismo sistema.

El propio Preámbulo de la Constitución manifiesta que constituye objeto de la misma «*proteger a todos los españoles... en el ejercicio de los derechos humanos...*».

Pero junto a ellas, existen otras minorías que no se generan en el interior del sistema, ni gozan, por tanto, del status propio del mismo, sino que se incorporan desde el exterior, y respecto de las cuales, la reacción primaria de las instituciones es la de defenderse de sus miembros en cuanto constitutivos de un factor de peligro potencial, por tratarse de un elemento disgregador y eventualmente generador de inestabilidad. Es aquí donde se ubica realmente la normativa sobre extranjeros, impregnada por lo que constituye, en palabras de BELLOCH JULVE, la «*opción ideológica del*

<sup>6</sup> PERFECTO ANDRES IBAÑEZ. El Poder Judicial. Recnos. Madrid, 1986.

<sup>7</sup> ELIAS DIAZ. Legalidad-Legitimidad en el socialismo democrático. Civitas, Madrid, 1977.

<sup>8</sup> LUCIANO VALERA. Sobre la Legitimidad del Poder Judicial. P.J. número especial XI.

*sistema*», que no es otra que la respuesta meramente conservadora y defensiva del modo de vida occidental<sup>9</sup>.

Y tal precisión se hace necesaria por cuanto va a constituir la premisa de la respuesta institucional de contenido restrictivo frente a los derechos y libertades de los extranjeros, que no sólo se evidencia en la propia L.O. 1/85, al desarrollar un articulado difícilmente conciliable con los loables propósitos de su Preámbulo, sino que el mismo Tribunal Constitucional va a sancionar favorablemente tal tratamiento discriminatorio. Y en tal sentido se pronuncia su Sentencia 104/84, de 23/Noviembre, donde —con las matizaciones a las que posteriormente se aludirá— se afirma que la proclamación del principio de igualdad contenida en el art. 14 C.E., viene referida exclusivamente a los españoles. En cualquier caso, y siguiendo la reiterada doctrina que ha establecido al respecto dicho Tribunal, es sabido que la efectividad del principio constitucional de igualdad, ha requerido como premisa, la existencia de situaciones análogas, pues sólo ellas exigen igualdad de trato. A sensu contrario, no existiendo tal analogía entre las situaciones a comparar, no será predicable un tratamiento igualitario entre ellas.

Sobre la base de tal doctrina, se explica tanto una intervención legislativa cicatera con el desarrollo normativo de los derechos que la Constitución atribuye de forma indiferenciada en cuanto a su sujeto titular, como una actuación institucional de los poderes públicos, análogamente restrictiva con el ejercicio de los mismos.

Por otro lado, y en la línea anterior, en el intento de deslindar estrictamente al colectivo extranjero al que afectan nuestras ulteriores consideraciones, hay que excluir de él a un conjunto de personas que, aún siendo no nacionales, pertenecen a una supranacionalidad común, caracterizada por compartir un conjunto común de intereses sociales, económicos, culturales y políticos, y actualmente empeñada en un proceso de diseño de un macrotejido que posibilite su integración. Me refiero al ciudadano comunitario. Como consecuencia de la reserva contenida en el art. 3 de la L.O. 7/85, en favor de los Tratados Internacionales en los que sea parte España, y una vez suscrito el Tratado de Adhesión a la CEE, se promulgó el RD. 1099/86, de 26/Mayo, coforme con cuyo art. 1.3, el regimen especial de trabajadores por cuenta ajena, establecido en el Capítulo III, será de aplicación preferente, en tanto subsista la normativa transitoria contenida en los arts. 56, 57 y 58 del Acta de Adhesión de España a las CCEE.

Y de acuerdo con el art. 56 del Acta, los nums. 1 a 6 del Reglamento de la CEE num. 1612/68, sobre la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, sólo serán aplicables en España, respecto de los nacionales de los demás Estados miembros, a partir del 1 de Enero de 1993. Así, la libertad de circulación de trabajadores (libertad fundamental en la CEE según ha resaltado el Tribunal de Justicia de dichas Comunidades en sentencias de 19/Marzo/64, 28/Octubre/75, ó 8/Octubre/76), requiere en todo caso, como condición indispensable, estar en posesión de la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad.

En cualquier caso, y durante el período transitorio, es decir, hasta el 1/Enero/93 *«la interdicción de la expulsión del territorio español de los ciudadanos de un Estado miembro de la CEE, en los supuestos previstos en el art. 23.1 del RD. 1099/86,*

<sup>9</sup> BELLOCH, J. A. «Racismo y xenofobia y extranjería». Claves de Razón Práctica, núm. 31. Abril, 1993, pág. 10.

*presupone que aquellos se encuentren regularmente empleados en España en la fecha de la adhesión a la CEE o con posterioridad a ella (art. 13 RD)*». Así lo ha reconocido el T.S. (Ss. 26/Septiembre/87, 15/Marzo/90). Existe, por tanto, una primera discriminación subjetiva: miembros de la CEE y restantes extranjeros. Como señala FERRER PEÑA<sup>10</sup>, el trabajo y el establecimiento, cuando concurren los supuestos prevenidos en la normativa de la CEE, se configuran como auténticos derechos de los ciudadanos comunitarios, exigibles en todos sus Estados miembros; por el contrario, el regimen de trabajo y establecimiento que establece la Ley de Extranjería con carácter general, no permite en ningún momento considerar la existencia de derechos subjetivos en este orden.

## TRABAJO Y RESIDENCIA

Delimitado así, en su vertiente subjetiva, el colectivo propiamente dicho de extranjeros, a los efectos que aquí nos atañen, dos primeras observaciones hay que hacer:

1. La legalidad de su estancia en España será condición previa indispensable para que pueda reconocerse la titularidad de derechos. Así: *«El disfrute por los extranjeros del derecho a elegir libremente su residencia en España (art. 19 CE.) se encuentra condicionado a lo que determinan los Tratados Internacionales y la ley interna española (art. 13.1 CE). Tanto la L.O. 7/85, de 1/Julio, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York —art. 12.1—, supeditan aquel derecho a que el extranjero se halle legalmente en el territorio del Estado en que pretende hacerlo efectivo,...., y cumpla las formalidades administrativas legalmente exigidas»*. (TSJ Palma Mallorca S. 18/Enero/91 P. Jesus Algora Hernando). Y la legalidad de su estancia en España viene a estar, en gran medida, como veremos, en manos de facultades discrecionales de la Administración.

En el mismo sentido se ha venido pronunciando el T.S., al afirmar que *«la plenitud de los derechos reconocidos a los extranjeros en nuestro ordenamiento por la misma Constitución y las correspondientes leyes y normas administrativas de desarrollo, se encuentra subordinado a la completa legalización de la estancia en territorio español de aquellos extranjeros, la cual se encuentra regida por la Ley Orgánica de Extranjería, que a su vez concidiona aquella legalización a la obtención de los correspondientes actos administrativos habilitantes»* (S. 30/Septiembre/92, R.7029, P.Sr. Baena del Alcazar).

2. La legalidad de su situación no les otorga, sin embargo, la totalidad de los derechos reconocidos al ciudadano español. Así, desde el punto de vista del derecho privado, y aún cuando el Código Civil (art. 27), en su redacción originaria, estableció una situación de absoluta equiparación con los españoles, salvo lo dispuesto en la Constitución y los Tratados, su redacción actual (dada por Ley de 15/Julio/54), añade *«salvo lo dispuesto en las leyes especiales»*. Es a través de esta vía de la excepcionalidad, como se va a consagrar, una vez más, la regla general de la no equiparación<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> RAMON M. FERRER PEÑA. Los derechos de los extranjeros en España. Tecnos; Madrid, 1989, pág. 146.

<sup>11</sup> Así, la normativa sobre inversiones extranjeras (Ley 27/Junio/86 y su Reglamento de 25/IX/86), que las sujetan a registro, verificación y autorización administrativas; las limitaciones que impone la Ley 8/75,

Y desde la perspectiva de los derechos públicos, como señala BORRAJO INIESTA<sup>12</sup>, la Constitución reconoce en una serie de preceptos (v.gr: arts. 15, 16.2, 24.2, 25.1, 27.1, 28.1, 31, 33.3, etc) un conjunto de derechos y libertades con un titular indiferenciado («todos»); junto a ellos, designa expresamente a «los españoles» ó «los ciudadanos» como únicos titulares de otro conjunto de derechos (v.gr: art. 14, 19, 30, 35, 41, 49, 50,...). Finalmente, un amplio grupo de derechos y libertades se consagra bajo formulas tales como, «se reconoce la libertad de...», ó «se garantiza el derecho a...», dotadas de absoluta impersonalidad.

Pues bien, precisamente estos últimos derechos que la Constitución no asigna expresamente a toda persona, pero que tampoco atribuye de forma exclusiva a los ciudadanos españoles, son los que permiten una interpretación literal amplia o estricta.

Particularmente, con relación al derecho al TRABAJO, el Tribunal Constitucional (S. 23/Noviembre/84) ha entendido que «... constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre extranjeros y españoles en materia de acceso al trabajo», sino tan sólo, «... con excepciones, una vez producida la contratación». Y ello por cuanto el Tribunal Constitucional, al referir el derecho al trabajo exclusivamente a los españoles (art. 35 CE), hace caso omiso de la línea de opinión<sup>13</sup> que, con invocación de lo dispuesto en numerosos Pactos y Tratados Internacionales<sup>14</sup> va paulatinamente configurando el derecho al trabajo y las condiciones inherentes a su ejercicio, en cuanto éste supone de desarrollo de la propia personalidad. como un derecho humano fundamental.

En tal sentido, debe mencionarse el criterio seguido al respecto por el T.S.J. de Cataluña, que en Sentencia de 12/Marzo/1990, alude a «... la compleja legislación que actualmente en nuestro país regula una materia tan delicada como ésta, pues la equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros no es plena constitucionalmente, sino que responde al standar mínimo que rige en otros países de nuestro entorno socio-político. Así, todos aquellos derechos atribuidos a los individuos independientemente de su nacionalidad, derivados de su carácter de persona humana (vida, integridad física y moral) garantizados por los Tratados y Pactos Internacionales, serán reconocidos a los ciudadanos extranjeros. Pero, además de limitaciones constitucionales (art. 23 CE, en relación con el 13.2), existen los llamados derechos no absolutos, en los que el control del Estado no ha desaparecido por completo, pudiendo ser objeto de restricciones por los Estados en su ejercicio y disfrute, con la sola exigencia previa de que una ley determine su exacto alcance y efectos», y concluye que «la nueva ordenación sigue inspirada, al igual que la anterior, por

de 12/Marzo, y su Reglamento (10/II/78), sobre Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional, o en los campos de la Seguridad (RD. 880/81, de 8/Mayo), Televisión (Ley 10/88, de 3/Mayo), Radiodifusión (Ley 4/80, de 10/Enero), en materia de Propiedad Intelectual (arts. 145 y ss. Ley 22/87, de 11/Noviembre) o Industrial (art. 2 Ley Patentes 11/86, de 20/Marzo); las limitaciones procesales de la caución de arraigo (arts. 534 LEC y 281 LECrim), o del embargo preventivo (art. 1400 LEC), o la sujeción a criterios de reciprocidad (art. 7 LAU y 14 L.A. Rústicos), etc.

<sup>12</sup> IGNACIO BORRAJO INIESTA. «El status constitucional de los extranjeros». En Estudios sobre la Constitución Española, en homenaje al Prof. García de Enterría. Tomo II, págs. 699 y ss.

<sup>13</sup> MIQUEL CALATAYUD, J. Estudios sobre extranjería. Bosch. Barcelona, 1987.

<sup>14</sup> Así, el art. 6 del Pacto Internacional de Ds. Económicos, Sociales y Culturales de Nueva York de 19/Diciembre/66, suscrito por España el 28/Septiembre/1976 (BOE 30/IV/77); el art. 1.2 de la Carta Social Europea, de 18/Octubre/61 (ratificada y publicada en BOE 26/VII/80), o el Convenio Jurídico del Trabajador Migrante, hecho en Estrasburgo el 24/Noviembre/77, y ratificado por España el 29/Abril/80 (BOE 18/Junio/83).

*la atención al mercado nacional de trabajo (18.1 L.O. 7/85), vinculando permisos de residencia y permiso de trabajo (art. 15 L.O.), aunque ahora pueda concederse tanto si se justifica un contrato de trabajo como si se presenta un mero compromiso».*

Efectivamente, el R.D. 1119/86, ha supuesto la derogación del R.D. 1870/68, de 27/Julio (que regulaba el empleo, régimen de trabajo y establecimiento de los extranjeros en España) y del R.D. 1031/80, de 3/Mayo (sobre procedimiento de concesión y prórroga de los permisos de trabajo y autorizaciones de residencia a extranjeros).

Cabe resumir la normativa existente en la materia en los siguientes términos<sup>15</sup>: La L.O. 7/85 dedica su Título III al «Trabajo y Establecimiento». El criterio legal, pese a sus referencias indistintas, parece ser que «trabajo» lo será el que se lleve a cabo por cuenta ajena o de forma asalariada, y «establecimiento» cuando lo es por cuenta propia. La regulación normativa viene referida exclusivamente a personas físicas<sup>16</sup>. El extranjero que desee fijar su residencia en España para ejercer en ella su actividad laboral, deberá obtener simultáneamente con el permiso de residencia que expide el Ministerio del Interior, el permiso de trabajo, cuyo otorgamiento incumbe al Ministerio de Trabajo (art. 15 Ley).

Los permisos de trabajo por cuenta ajena, revisten tres modalidades (arts. 35, 36 y 39 Rgto):

- Permiso A: con duración máxima de 9 meses; su objeto es la realización de actividades estacionales, cíclicas o de temporada. No es renovable, y su titular deberá, una vez concluido, salir obligatoriamente fuera del territorio español. No podrá obtenerse un nuevo permiso de trabajo o residencia, cualquiera que sea su clase, antes de haber transcurrido doce meses desde la concesión del anterior.
- Permiso B: con duración máxima de un año; son válidos para trabajar en una profesión, actividad y ámbito geográfico determinado. Su concesión inicial vendrá limitada, en principio, a una concreta empresa, y su vigencia no excederá de la duración del contrato de trabajo. Podrán ser renovados si subsisten las mismas o análogas circunstancias que determinaron su primera concesión.
- Permiso C: su vigencia son cinco años. Posibilitan el trabajo en cualquier actividad y ámbito geográfico. Su concesión lo será en atención a la concurrencia de las circunstancias que enumera el propio precepto, y su renovación requerirá que su titular continúe en activo como trabajador o esté inscrito en los censos de desempleo.

La concesión o denegación del permiso de trabajo por cuenta ajena requerirá apreciar, además del régimen de reciprocidad en el país de procedencia del extranjero, las siguientes circunstancias (art. 18.1 Ley):

- a) la existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante.
- b) la insuficiencia o escasez de mano de obra española en la actividad o profesión y zona geográfica en que se pretenda trabajar.

<sup>15</sup> RAMON M. FERRER PEÑA. Op. cit. Cap. VIII, págs. 145 y ss.

<sup>16</sup> Así, de conformidad con el art. 13 del Reglamento, se entiende por trabajador extranjero, «toda persona física que, careciendo de nacionalidad española, ejerza o trata de ejercer en España una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena».

Por otro lado, la ley exige a determinados extranjeros de la obligación de proveerse del permiso de trabajo; son los supuestos enumerados en su art. 16.

Por su parte, el art. 37.4.a) del Reglamento dispone que la autoridad laboral denegará el permiso de trabajo cuando lo aconseje la situación nacional de empleo, a juicio de la autoridad laboral.

Tales factores, acordes con la doctrina antes citada del Tribunal Constitucional, son reflejo del hecho de que la facultad de «acceder al mercado de trabajo» es un derecho «no constitucionalizado» de los trabajadores extranjeros<sup>17</sup>, aún cuando, una vez producida su incorporación al mundo laboral español, sí que sea exigible una igualdad de trato con los nacionales. Incumbe sólo, en este aspecto, a los órganos judiciales, fiscalizar la interpretación que hace la Administración de conceptos jurídicos indeterminados, de tan frecuente invocación para la denegación del permiso, como los derivados de las exigencias del «mercado nacional de empleo».

En principio, pues, y con carácter general, hay que recordar al respecto que, como señalan reiteradas Sentencias del Tribunal Supremo (Ss. 22/Diciembre/85, 22/Mayo/86,...) la justificación objetiva de todo juicio de valoración o estimación de hechos o datos es el presupuesto formal que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad y constituye garantía imprescindible del correcto, congruente y acertado ejercicio de las facultades administrativas. Así pues, la motivación del acto administrativo debe constituir una exigencia que no debe pasar inadvertida a ningún órgano jurisdiccional. Y ello, sin olvidar que lamentablemente el T.C. ha venido progresivamente bajando el listón del nivel de motivación constitucionalmente exigible<sup>18</sup>.

Proyectado lo anterior sobre el supuesto del desempleo nacional, cabe reseñar, por su interés, la Sentencia del TSJ Cataluña, de 16/Julio/91 (Ponente Celsa Picó Lorenzo), en cuyo F.J.4, tras recordar la plena vigencia de la jurisprudencia (TS. 20/XI/87) que sometía a amplias restricciones la discrecionalidad de la Administración a la hora de conceder o denegar una solicitud de permiso de trabajo, exigiéndose necesariamente la motivación de la resolución que se adoptase (TS. Ss. 27 y 28/II, 15/VI, 7/VII y 21/IX/90), advierte, no obstante, que una reciente Sentencia del T.S. (7/Marzo/91) ha reputado motivación suficiente la expresión de no quedar justificada la necesidad o conveniencia para el empleo y la economía nacional el cubrir con un extranjero la actividad solicitada. Y señala la Sentencia que «*La cuestión se centra en la justificación de la existencia de los demandantes de empleo nacionales. Por un lado se ha reconocido el carácter de documento público a la certificación emitida por el INEM respecto a la existencia de españoles en paro (S.21/Marzo/89). De otro, el inciso final del aptdo. a), epígrafe 1, art. 51 del R.D. 1119/86, exige de la precep-*

<sup>17</sup> MIQUEL CALATAYUD, J. Op. Cit. pág. 137.

<sup>18</sup> Debe tenerse presente que la motivación cumple una doble función, pues de un lado da a conocer las reflexiones que conducen a la decisión, y constituye por tanto un factor de racionalidad en el ejercicio del poder, y de otro, posibilita el control de la decisión a través de los recursos que contra ella procedan; actúa, en definitiva como elemento preventivo de la arbitrariedad (T. Const. S 166/93, de 20/Mayo). Los interesados han de conocer las razones decisivas, el fundamento de las decisiones que les afecten, en tanto que instrumentos necesarios para su posible impugnación; tienen derecho a una «respuesta razonada, lejos de la arbitrariedad, y razonable, extraña al capricho o puro voluntarismo» (T. Const. S. 232/92, de 14/Diciembre).

Ahora bien, el propio T.C., ha advertido que no cabe exigir que esa fundamentación sea absolutamente exhaustiva, aunque ello fuera lo deseable desde la más pura técnica procesal (SSTC. 56/87, 150/88, 25/90, 14/91, 27/93), pues no existe un derecho fundamental a una determinada extensión de la motivación, basando con que sea suficiente, cualquiera que sea su brevedad y concisión (SSTC. 174/87, 75/88, 184/88, 14/91, 175/91, 175/92, 150/93, 166/93), incluso en los supuestos de motivación por remisión (SSTC 174/87, 146/90, 27/92, 166/93).

*tividad del citado informe a la autoridad laboral cuando ésta disponga, directamente a través de organismos competentes, de la correspondiente información sobre la situación de empleo, detallada por áreas geográficas, actividades económicas y grupos de ocupaciones. Se recurra a un sistema u otro, siempre debe motivarse la resolución denegatoria. En el supuesto enjuiciado es patente la ausencia de motivación en la resolución denegatoria, al limitarse a transcribir la normativa que permite la denegación de permisos de trabajo cuando exista mano de obra española excedente en la actividad de que se trate.»*

Y, con invocación de tal doctrina, puede citarse asimismo la Sentencia de 28/Julio/1990, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que, con relación a la apreciación por la autoridad laboral de lo que «aconseje la situación nacional de empleo» en orden a conceder o denegar el permiso solicitado, afirma que ello «... no supone la atribución de facultades discrecionales en la apreciación, sino la necesidad de integrar en el procedimiento decisorio la valoración, en el concreto espacio sociolaboral y para el tiempo en que se aplica la norma, de las circunstancias fácticas establecidas como relevantes en el apartado 1 del art. 18 de la Ley Organica 7/85». De forma que «... los datos de hecho en que se fundamenta tal apreciación habrán de consignarse en la resolución y venir dotados de pertinente respaldo probatorio en las actuaciones instructoras del expediente administrativo, a fin de que el control jurisdiccional pueda, también, alcanzar a la valoración que la autoridad gubernativa efectúa de los medios de prueba aportados, en su caso, para fundar la resolución prohibitoria».

Si embargo, en la línea restrictiva, cabría hacer referencia a la posición que asume el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 1/Junio/92, (R. 4661, ponente Burón Barba), que frente a una Sentencia apelada que anula el acto administrativo denegatorio del permiso de trabajo, basándose en dos razones: «... haberse ceñido el informe del INEM a la situación de empleo laboral en la región y a no haberse especificado la nacionalidad de los demandantes de puestos de trabajo», revoca dicha resolución judicial por cuanto «... llegamos a la conclusión de que la Sentencia trata de hacer recaer sobre la Administración cargas que no están previstas en la normativa legal y reglamentaria, y que tampoco pueden considerarse derivadas de los textos legales o los de inferior rango mediante una interpretación sistemática ajustada a los fines del ordenamiento vigente. No compartimos, pues, la opinión que parece reflejar el fundamento tercero de la Sentencia apelada porque no hay ninguna prueba o indicio de que la Administración haya incurrido en arbitrariedad en el ejercicio de su discrecionalidad».

La gravedad de las consecuencias derivadas de la denegación del permiso de trabajo, se constata teniendo en cuenta que dicho permiso se configura en nuestra legislación de extranjería, como una modalidad del regimen de permanencia<sup>19</sup>, de tal manera que su denegación, si bien cuando afecta a la renovación cabe la «posibilidad» de solicitar permiso de residencia para proseguir en España, sin embargo tratándose de denegación de la solicitud inicial, ello conlleva automáticamente la obligatoriedad de su salida del país (art. 86.1 del Reglamento).

Hay que advertir, asimismo, que el derecho al tratamiento no discriminatorio en

<sup>19</sup> El art. 13.2 de la L.O. 7/85 establece que «Cuando se pretenda residir en España mediante el desarrollo de una actividad... laboral..., la concesión del permiso de residencia se registrá, además, por las disposiciones del Título III».

materia laboral asiste también a quienes ostenten la condición de *refugiados*, según el art. 13 de la Ley 5/84, de 26/Marzo, que regula el derecho de asilo y de la condición de refugiado y el art. 36 de su reglamento (RD. 511/85, de 20/Febrero). No obstante, hay que señalar en este punto, la dificultad de acceder a tal status de refugiado, habida cuenta de los criterios restrictivos de la jurisprudencia, de la que es ejemplo la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22/Junio/91 (Ponente Sr. Requero Ibáñez), conforme a la cual, para la aplicabilidad del derecho de asilo y concesión de la condición de refugiado «... es indispensable que el solicitante pruebe de forma satisfactoria que tiene temor de ser perseguido por razón de raza, etnia, religión, pertenencia a grupo social determinado, o por actividades políticas, circunstancias éstas que son las que configuran la noción de refugiado». Ello de conformidad con la Convención de Ginebra de 28/Julio/1951 y el Protocolo del Estatuto de Refugiados de 31/Enero/1967. «Tal temor debe ser fundado, y no siempre es empresa fácil la probanza de tal situación, de ahí que se requiere al menos una razonable probabilidad a modo de indicio —y no meras sospechas o conjeturas— de sufrir persecución por los motivos antes indicados, criterio seguido igualmente por el Tribunal Supremo (Ss. 19/Enero/88 y 29/Enero/88, entre otras muchas)».

Y finalmente, debe, aun cuando someramente, aludirse con DE LUCAS<sup>20</sup>, a la situación de los trabajadores inmigrantes, carentes de permiso, y que desarrollan trabajos por cuenta ajena, es decir, los denominados «*clandestinos*», y que —afirma ese autor— se trata de una problemática provocada por el Gobierno, por la Administración y por el modelo económico de los países occidentales, en cuanto constituye una mano de obra barata que ayuda al crecimiento del sistema. Por ello, ha destacado el *Defensor del Pueblo*<sup>21</sup> en varios de sus Informes, que las autoridades policiales no comunican, en algunos casos, a la Inspección de Trabajo, la irregularidad de las contrataciones, manteniendo así cierta tolerancia con el empresario español que contrata de esta manera. En principio, pues, tal situación, desde la óptica de los intereses del sistema, perjudica los del colectivo de trabajadores y favorece los del empresariado. No obstante, son los planteamientos conservadores los contrarios a la implantación de criterios aperturistas en la legislación de extranjería, esgrimiendo argumentos de «inseguridad ciudadana», frente a las tesis más universalistas que sostienen los planteamientos progresistas. Ello debiera plantear la necesidad de repensar el enfoque del tema desde los respectivos planteamientos ideológicos progresistas y conservadores, habida cuenta de la aparente disociación que se produce entre los intereses que cada una de esas opciones defiende y sus planteamientos en orden al tratamiento de la problemática de la extranjería.

Y en lo relativo a la RESIDENCIA, el art. 19 CE refiere exclusivamente a los españoles el derecho a «*elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional*». No obstante, la interpretación conjunta de dicho precepto, junto con lo dispuesto en diversos Tratados Internacionales asumidos por España, ha permitido a la Jurisprudencia del T.S., reconocer a los extranjeros el derecho a la libertad de circulación. Y así, es significativa la S. TS. de 3/Noviembre/81, que considera que el derecho a residir en España por parte de un ciudadano extranjero constituye un auténtico derecho fundamental, que no depende de la mera discrecionalidad adminis-

<sup>20</sup> DE LUCAS, J. «Xenofobia y racismo en Europa». Claves de razón práctica núm. 13, junio 1991, pág. 22.

<sup>21</sup> FLORES GIMENEZ, F., op. cit., pág. 5768, nota 31.



trativa, sino que *«debe ser respetado y amparado siempre que, en expediente tramitado con la garantía de la audiencia a los interesados, no aparezca suficientemente acreditado que los extranjeros legalmente residentes en territorio nacional han incurrido en alguna de las conductas que autorizan a la Administración al ejercicio de su excepcional facultad de acordar la cesación de ese derecho mediante la orden de expulsión y la prohibición de entrada en el territorio nacional»*.

El Tribunal Constitucional ha abordado recientemente el tema en su Sentencia 94/93, de 22/Marzo (Sala 1), sentando una doctrina que reitera en Sentencia 116/93, de 29/Marzo (Sala 1); afirma el Tribunal que *«Es evidente que la decisión de expulsar o extrañar a una persona del territorio nacional, prohibiendo su regreso durante un período de tiempo, afecta directamente a la libertad de circulación (...) No obstante, el presente recurso suscita la cuestión previa de si un extranjero puede ser considerado titular del derecho fundamental de circulación y en su caso con qué alcance»*.

Concluye el Tribunal afirmando que *«... resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19 (...) Cuestión distinta, sin embargo, es el alcance que despliega la protección constitucional a los desplazamientos de extranjeros en España. La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE y STC. 197/84, f.j,3), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada Sentencia, es pues lícito que las leyes y los Tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en los que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella. La libertad del legislador al configurar los derechos de los nacionales de los distintos Estados, en cuanto a su entrada y permanencia en España, es sin duda alguna amplia. Pero no es en modo alguno absoluta...»*. Vendrá obligada a respetar el grado de libertad limitado que reconocen los arts. 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, a todas las personas que se hallen legalmente en el territorio del Estado. En definitiva, los extranjeros que tienen derecho a residir en España, por ley, Tratado o autorización administrativa, *«... gozan de la protección que brinda el art. 19 CE, aún cuando no sea necesariamente en idénticos terminos que los españoles, sino en los que determinen las Leyes y Tratados a los que se remite el art. 13.1 CE»*.

En esta línea se mueve igualmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que es representativa la Sentencia de 1/Octubre/92 (R. 7742, Ponente Baena del Alcázar), al afirmar, con relación al art. 13 CE, que *«la dicción literal del artículo citado no supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas; pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los Tratados y la Ley, sino de las libertades en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Los extranjeros son por tanto titulares de los derechos, pero éstos son de configuración legal»*.

Como afirma BORRAJO INIESTA<sup>22</sup>, aún cuando refiriéndose a la STC 107/84, no se

<sup>22</sup> BORRAJO INIESTA, op. cit. pág. 764.

entiende bien qué puede significar, en términos reales, un derecho cuyo contenido es libremente configurado por la ley, pero que sigue siendo un derecho constitucional y, por tanto, dotado —dentro de su específica regulación— de la protección constitucional.

En cualquier caso, al T.C. le permitió, al proyectarla sobre el supuesto que se le sometía a Amparo (expulsión de ciudadana extranjera que había solicitado la renovación de sus permisos de trabajo y residencia que ya habían caducado), afirmar que *«La Administración no puede expulsar por carecer de documentación preceptiva a quien ha instado su expedición, sin haber resuelto previamente si tiene derecho o no a obtener el permiso de residencia, pues de lo contrario vulnera el derecho fundamental que el art. 19 otorga limitadamente a los extranjeros»*. (F.J. 5).

Las facultades administrativas no son, pues, omnímodas en esta materia, y deben ceñirse a los justos términos en que debe operar la discrecionalidad, y en ello, es básica y determinante la interpretación de los distintos T.S.J., que, no obstante, no suele ser muy coincidente. Así, estimo que no debe exigirse a un extranjero lo que no lo sería a un español, en igualdad de circunstancias, máxime ajustando la interpretación de las normas a la realidad social del momento (art. 3.1 CCiv) y al favorecimiento del ejercicio de los derechos; por ello, no puedo compartir interpretaciones como, v.gr: la que se hace por algún Tribunal Superior, de los arts. 13.2 de la Ley y 22.4 de su Reglamento (acreditamiento de medios de vida suficientes), afirmando que *«quien ha de disponer de medios suficientes de vida en España, a fin de que pueda ser autorizada su residencia, es el peticionario, sin que la situación económica de su familia o amigos tengan trascendencia a tal fin...»* y que *«... La expresión medios de vida está refiriéndose a la fuente de ingresos, a las formas de subsistencia y no a la disponibilidad de fondos. Se trata de una situación más bien de derecho que de hecho. Es preciso ser acreedor de recursos y no mero detentador eventual de numerario»*<sup>23</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Supremo es igualmente restrictivo en este punto, y ha afirmado que el art. 22.4 del Reglamento *«... exige para las concesiones de permiso de residencia, que el solicitante acredite medios de vida suficientes, no sólo en el momento de petición de permiso, sino durante todo el tiempo de vigencia de éste, o bien, se acredite que los ingresos los va a percibir periódicamente»* (S.TS. 22/Junio/92, R. 4709, Ponente Lecumberri Marti). Y que *«... el hecho de que dos sobrinos del recurrente, se hayan declarado garantes del mismo a todos los efectos, no implica la acreditación de medios de vida suficientes»* (S.TS. 22/Junio/92, R. 4711, Ponente Sanz Bayon).

En relación a la exigencia del visado de residencia, se entiende por algunos T.S.J. que *«... la facultad administrativa de conceder la dispensa queda configurada como discrecional; es a la Administración a quien corresponde valorar si las circunstancias alegadas por el solicitante son o no excepcionales, sin que pueda esta Sala sustituir el criterio de aquélla por su personal y subjetivo criterio, salvo que quede acreditado, a través de las distintas técnicas de control de la discrecionalidad administrativa, la incorrección de la decisión de la Administración»*<sup>24</sup>; frente a tal argumentación, realmente huidiza, es más flexible y acorde con la postura interpretativa que

<sup>23</sup> Sentencia Tribunal Superior Justicia Madrid, Sala Cont. Adm., de 28/Mayo/1991 (Ponente Ernesto Peces Morate).

<sup>24</sup> Sentencia T.S.J. Madrid, Sala Cont. Adm., de 16/Marzo/92; Ponente Clara Martínez-Careaga García.

propugnamos la que considera que «No es necesario exigir varias razones extraordinarias o fuera de lo común, o de tal importancia que de per se se hagan merecedoras de justificar la exención; sino que por el contrario, basta que se dé una suficiente que justifique la excepción consistente en la exención de la obligación de visado»<sup>25</sup>.

Ahora bien, hay que reconocer que no es esta última la tesis prevalente en nuestros Tribunales, ya que el propio Tribunal Supremo recuerda que «la Ley Organica de Extranjería, en su art. 12, no reconoce a los extranjeros un derecho subjetivo a la obtención de visado, lo cual se subordina a la apreciación que haga la Administración Pública del interés del Estado español y sus nacionales»<sup>26</sup>.

## CONCLUSIONES

Siguiendo a FLORES GIMENEZ<sup>27</sup>, hay que afirmar que la capacidad de un Estado para garantizar efectivamente que los derechos y libertades que son su fundamento, sean gozados por estas minorías es una muestra del grado de solidez democrática del mismo. Por otra parte, la respuesta de la sociedad, el grado de interiorización de la solidaridad y de respeto a la diferencia, muestran hasta que punto los valores del Estado democrático han sido asumidos por los ciudadanos. El concepto de «tolerancia», referido históricamente a la convivencia de creencias, hoy se extiende al problema de la convivencia con las minorías; la intolerancia se convierte —afirma L. GIANFORMAGGIO<sup>28</sup>— en la razón y causa de la discriminación.

En este entorno institucional difícilmente proclive a facilitar la integración del extranjero y su equiparación jurídica con el ciudadano nacional, incumbe a un poder judicial progresista, llevar a cabo una interpretación y aplicación de la normativa emanada de aquellas instituciones, que, yendo más allá de su estricta literalidad, encuentre su entronque con los valores superiores y principios inspiradores del ordenamiento jurídico constitucional (libertad, justicia, igualdad y pluralismo, según reza el art. 1.1 CE), amparándose en la fuerza expansiva de los derechos fundamentales<sup>29</sup>, y en las exigencias derivadas de la perspectiva social del Estado de Derecho, en cuanto impone la igualdad efectiva de individuos y grupos, para la consecución de la justicia social<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Sentencia TSJ Andalucía, Sala Cont. Admin., fecha 22/Julio/91. Ponente Sr. Montero Fernández.

<sup>26</sup> S. TS. 30/Septiembre/92, F.J. 3, R. 7029, Ponente Sr. Baena del Alcázar.

<sup>27</sup> FLORES GIMENEZ, op. cit. pág. 5779.

<sup>28</sup> LETIZIA GIANFORMAGGIO. «El mal a tolerar, el bien a tolerar, lo intolerable». Cuadernos de Filosofía del Derecho. Seminario del F.D. Universidad de Alicante y Centro de Estudios Constitucionales. Alicante, 1992, pág. 56; citado a Bobbio («le ragioni della tolleranza».

<sup>29</sup> Tribunal Constitucional, Ss. 34/83, de 6/Mayo; 67/84, de 7/Junio, entre otras.

<sup>30</sup> Tribunal Constitucional, Ss. 132/92, 98/93, 177/93,...

# LA PROSTITUCION

Sección Territorial de Aragón

## PRESENTACION DEL PROBLEMA

Aunque pueda plantearse como ciertamente dificultosa la aproximación exacta a una definición de la prostitución, es lo cierto que lo que todo el mundo entiende por tal es la prestación de propio cuerpo para su utilización sexual por terceros a cambio de una compensación material, habitualmente económica.

Esta actividad se desarrolla especialmente por mujeres para satisfacción de clientes masculinos, pero también se dan entre hombres o mujeres homosexuales, y en menor medida, por hombres que prestan sus servicios a mujeres, pudiendo diferenciar, desde una perspectiva del status socio-económico y cultural de quienes la ejercen tres grandes grupos:

- 1.º El de la prostitución callejera o de los «barrios chinos», con gran número de pensiones o burdeles que normalmente adolecen de importantes deficiencias higiénico-sanitarias. Constituye el grupo numérico mas importante, integrando el 62 %, y las notas que suelen caracterizar este colectivo son su origen socio-económico bajo, las familias desestructuradas y un nivel educativo ínfimo.
- 2.º En el espacio intermedio se sitúa la prostitución que se ejerce en clubs, «top less» y barras americanas. Su formación educativa es deficiente, aunque generalmente superior al de las personas que ejercen la prostitución callejera.
- 3.º Por último, existe el grupo denominado de «chicas de compañía», aunque, como se ha dicho, también puede ser «chicos de compañía», que trabajan para ciertos hoteles o agencias especializadas, siendo sus clientes habituales los altos ejecutivos, empresarios y personas de un status social alto. Quienes ejercen este tipo de prostitución suelen tener un considerable nivel cultural, a veces dominan varios idiomas, y su presencia física suele ser superior al del resto de personas que se prostituyen.

Por lo demás, no cabe desconocer el ejercicio de la prostitución en las grandes ciudades a través de lo que aparece anunciado en los medios de comunicación escritos como «masajes» o «relax».

El ejercicio de la prostitución origina en el sujeto una serie de conflictos que marcan profundamente la personalidad en varios aspectos. Destacamos los siguientes:

- A) AFECTIVIDAD. El núcleo familiar de que proceden las personas que se prostituyen se caracteriza por constituir un ambiente carente de sentimientos afectivos y con una gran carga de agresividad. A consecuencia de ello, suelen abandonar el domicilio familiar a una edad muy temprana, intentando encontrar fuera lo que no han tenido en su medio natural, y al fallar el intento, sin hallar la afectividad que toda persona necesita, son presa fácil de los proxenetes que, sin ningún escrúpulo, satisfacen inicialmente la necesidad de afecto para después instrumentarlas económicamente mediante el ejercicio obligado de la prostitución. Se ha observado que debido a su déficit de afectividad, estas personas apenas se relacionan con otras ajenas a su mundo, y mantienen una actitud de desconfianza con las personas que les rodean, incluidas las propias compañeras, con las que sostienen un trato de mera coexis-

- tencia muy superficial. Con la familia las relaciones son muy débiles o nulas.
- B) **DEPRESION.** A causa del déficit de afectividad, quienes se prostituyen son objeto de frecuentes depresiones. Su intensidad puede ir desde una ligera tristeza a la más profunda melancolía y desesperación, lo que a su vez da origen al surgimiento de rasgos antisociales de la conducta, y a veces, a intentos de suicidio. Para aliviar la depresión, estas personas recurren a estimulantes como el alcohol, y ocasionalmente a estupefacientes.
- C) **ANSIEDAD.** Tiene una ansiedad muy elevada. Tienen escasa conciencia del tiempo y del espacio. El dinero que ganan suelen derrocharlo, sin previsión de ahorro para cuando por la edad han de abandonar la profesión. A causa de la ansiedad se producen desajustes en las funciones psicológicas y orgánicas, como deficiencias en el sueño, alteraciones gástricas, mareos, crisis de angustia, llantos incontrolados, etc.
- D) **SEXUALIDAD.** Las prostitutas que es el grupo cuantitativamente mas importante de quienes se dedican a este «oficio», no se han sentido amadas en la infancia por su padre, sino todo lo contrario, por lo que tienen un rechazo acentuado a la figura masculina, y si a ello se une que generalmente han carecido de identificación positiva con la madre, se explica que no han podido alcanzar un desarrollo maduro y normalizado de su sexualidad. Cuando se unen afectivamente en relación de pareja, esta suele ser una persona sin sensibilidad y sin escrúpulos, siendo objeto frecuentemente de malos tratos. En sus relaciones con el cliente no suelen encontrar placer, siendo lo habitual la frigidez, viéndose obligadas muchas veces, por exigencias del cliente, a practicas sexuales degradantes.
- E) **SENTIMIENTO DE CULPABILIDAD.** El sentimiento de culpabilidad constituye un rasgo muy extendido de la personalidad de las prostitutas. Se sienten culpables porque la actividad que constituye su medio de vida es considerada socialmente como deshonrosa y, además, porque creen que han traicionado a sus padres, a los que ocultan de ordinario su forma de vida. Como mecanismo de defensa acuden a la negación del oficio o, por el contrario, a la afirmación de que es una forma de ganarse la vida como cualquier otra. En el fondo, no obstante, la prostituta admira a la mujer normal, aunque esta admiración la expresará, paradójicamente, con expresiones hostiles o agresivas.

La prostitución constituye un fenómeno de larga trayectoria histórica y ha estado presente en la generalidad de las sociedades, si bien, su régimen jurídico ha sido distinto y ha variado desde su prohibición absoluta hasta su protección estatal, pasando por situaciones intermedias de mera tolerancia.

Su característica general ha sido siempre la escasa o nula preocupación que ha merecido por parte de los poderes públicos —quizás por tratarse de un fenómeno vinculado a situaciones peculiares de marginalidad y desviación social—, manteniendo estos, con frecuencia, una doble moral, prohibitiva y tolerante, como única forma de atender el problema en su doble manifestación jurídica y social.

A las personas que se prostituyen se les suele mirar con desprecio y se les considera perversas, a morales, viciosas, holgazanas, etc., creándose a su alrededor un ambiente hostil, con justificaciones benévolas para los comportamientos reprochables de que son frecuentes victimas, todo lo cual debe llevarnos a plantearnos una modificación radical del estado actual, tanto desde el punto de vista de la mentalidad social como del tratamiento jurídico que merece el problema.

## CAUSAS DE LA PROSTITUCION

Al igual que en la mayor parte de este trabajo, para el análisis de las causas que conducen a la prostitución se ha tenido en cuenta, sobre todo, la problemática específica de las mujeres que se entregan a hombres, pero, en gran medida, tal análisis sería también de aplicación a los otros tipos de prostitución.

Como toda situación de marginalidad, la prostitución surge de una serie combinada de causas que ponen al descubierto su vinculación con desajustes en la estructura social, económica, laboral, familiar y cultural, estructuras que se superponen a la supuesta libertad de opción de las prostitutas a dedicarse a este oficio. La prostituta no nace, sino que se hace; no existe un tipo nato de prostituta, no hay rasgos personales físicos o psíquicos que las predisponen desde la cuna a ejercer el oficio, sino que llegan a él por motivaciones concretas, de carácter económico, familiar o socio-cultural:

- A) **ECONOMICAS.** La causa o motivación principal que concede a la prostitución es la obtención de recursos para resolver situaciones de precariedad, aunque sin llegar a estas situaciones, también tiene su incidencia la simple posibilidad de acceder a la abrumadora oferta de todo tipo de bienes y servicios que la economía de libre mercado conlleva.

Así mismo, la crisis económica y su repercusión en las familias ha propiciado la aparición de un subgrupo de mujeres que podríamos denominar «prostitutas ocasionales», que desarrollan su actividad con la aprobación de esposo para así buscar una colaboración a la maltrecha economía familiar mediante el ejercicio de la prostitución por parte de la mujer, aunque sin dejación de sus tareas domésticas, posibilitando así el cumplimiento de compromisos financieros asumidos para atender necesidades u ocios de la familia.

- B) **FAMILIARES.** En la generalidad de los casos las familias de las prostitutas tienen como denominador común problemas de marginación, delincuencia, violencia, ínfimo nivel cultural y escasez de recursos.

Como ya hemos visto, la relación paterna suele ser negativa, recibiendo malos tratos y, a veces, abusos sexuales y en cuanto a la relación con la madre, tampoco sirve de apoyo a la hija, que se ve impelida por ese ambiente hostil a abandonar el hogar.

Por otra parte, el recurso de la prostitución es una opción frecuentemente relacionada con al condición de madre soltera y con el abandono del cónyuge. En dichos casos el acceso a la prostitución es producto de una decisión adoptada para poder subsistir ella y sus hijos.

- C) **SOCIO-CULTURALES.** Las prostitutas, afectadas por deficits de personalidad graves, como hemos dicho al describir sus características psicológicas, son personas precisadas de ayuda en aspectos como comprensión, afecto, servicios sociales, y medios de liberación e integración a una vida normalizada. Sin embargo, no obtienen otra respuesta que la despreocupación de las instituciones y el desprecio social.

De otro lado, las carencias educativas que arrastran desde la infancia, con todo lo que ello comporta para la incorporación al mercado laboral ordinario, les impide vislumbrar soluciones fuera de la actividad que constituye su medio de vida, por lo que la venta del cuerpo se presenta como única senda posible para su problemática situación personal.

En el siguiente cuadro pueden apreciarse los distintos tipos de motivaciones o causas que pudieron llevar al inicio en la prostitución:

CAUSAS FAMILIARES .....	9,25 %
CAUSAS PERSONALES .....	15,06 %
CAUSAS PERSONALES .....	9,25 %
CAUSAS ECONOMICAS .....	48,15 %
DROGODEPENDENCIA .....	18,65 %
INDUCCION-COACCION .....	10,04 %
OTROS .....	9,30 %
TOTAL .....	110'45 % <sup>1</sup>

(1) El total supera el cien por cien por tratarse de una respuesta múltiple en cuanto a la manifestación de varias causas de forma simultanea.

En un estudio psicológico realizado por la Fundación Solidaridad Democrática, aparecen los siguientes datos estadísticos:

- Mas del 80 % de las prostitutas proceden de familias numerosas y de escasos recursos económicos.
- El 85 % no han superado los estudios primarios, y el 11 % son analfabetas.
- Casi la mitad son solteras.
- La mayoría tiene hijos y más de la mitad no viven con ellos: el 30 % de los hijos no ha sido reconocidos por los padres.
- El 46 % ejercen la prostitución a través de un chulo o proxeneta.
- Mas de la mitad afirman haber sido detenidas a causa de ejercer la prostitución, y el 15 % manifiestan que fueron detenidas tráfico y consumo de estupefacientes.
- Casi la totalidad vive en pensiones, burdeles y pisos alquilados próximos a la zona de ejercicio de la profesión.
- El 60 % no dispone de ningún tipo de cobertura sanitaria, deficiencia extensible a sus hijos.
- El 36 % no se somete a revisión médica de ningún tipo.
- El 72 % afirma consumir algún tipo de sustancia psicoactiva. De estas, el 54 % consume bebidas alcohólicas, el 34 % son adictas a drogas blandas y el 26 % lo son a la heroína y cocaína.
- La mayoría desea qué el ejercicio de la profesión esté reglamentado y poder ser beneficiarias de la Seguridad Social.
- En un 90 % de los casos pasaron por internados en su infancia o adolescencia.
- El 62 % ejercen la prostitución en la calle, y el resto lo hacen en clubs, barras americanas y otros locales.
- El 63 % dicen ocultar el trabajo que hacen, especialmente entre los familiares y los hijos.
- El 98 % del colectivo afirma tener deseos de abandonar la prostitución.

## SU REGIMEN JURIDICO: DISTINTOS SISTEMAS

Aunque existe una gran variedad de matices, los sistemas que se han seguido en los distintos Estados pueden agruparse en tres: el prohibicionista, el abolicionista y el reglamentarista.

### 1.º Sistema prohibicionista

Históricamente se ha demostrado que este sistema ni erradica el problema ni evita el ejercicio de la prostitución, pues aunque intenta proscribir todo lo relacionado con el fenómeno, penalizando conductas de quienes ejercen, favorecen, promueven o explotan la actividad, ésta sigue existiendo en condiciones de clandestinidad, con agravación de determinados problemas anejos, como, por ejemplo, el incremento de enfermedades contagiosas, deficiencias sanitarias y de higiene, etc.

### 2.º Sistema abolicionista

Se caracteriza por al tolerancia de la dedicación personal a la prostitución pero sanciona el proxenetismo, en sus varias manifestaciones. No se llega hasta el punto de su legalización porque, según se dice, ello supondría aceptar el hecho marginal en que se presenta y significaría un reconocimiento legal de una actividad degradante, incompatible con la dignidad humana.

### 3.º SISTEMA REGLAMENTARISTA

Reconoce legalmente el fenómeno de la prostitución, regulando su ejercicio mediante el establecimiento de medidas de control sanitario, tarjetas de autorización, requisitos que deben reunir las casas de prostitución, etc., y consiguiendo así un control policial y sanitario de las personas que la ejercen.

En su apoyo se aducen que aunque la prostitución no puede aceptarse como algo deseable, su existencia es un hecho que si debe ser aceptado desde un punto de vista realista, nos guste o no, por lo que lo más conveniente debe ser, indudablemente, su canalización y control, abandonando el estado de hipocresía social y de doble moral, actualmente imperante.

En la mayoría de los países europeos rige el sistema abolicionista, no sancionándose generalmente el ejercicio de la prostitución femenina, lo que por el contrario sucede en Canadá. En Alemania, los gobiernos regionales pueden prohibir el ejercicio de la prostitución para protección de la juventud o de la vida social en algunas comunidades; en Francia la legislación vigente se orienta hacia el sistema prohibicionista, estableciendo reglamentos sobre infracciones de las leyes de policía que penan conductas públicas susceptibles de inducir al libertinaje o la recluta en público de personas con inducción a realizar actos inmorales; algunos cantones suizos establecen un sistema prohibicionista, persiguiendo la prostitución homosexual, lo que igualmente sucede en Austria. Los ordenamiento jurídicos de Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Suiza, Holanda, Austria y Reino Unido sancionan penalmente el proxenetismo y el rufianismo, con ligeras variaciones respecto a las conductas típicas, haciendo especial incidencia en los supuestos en que la actividad entraña un escándalo público o afecta a menores.



## REGULACION EN ESPAÑA

Sin necesidad de remontarnos en exceso a épocas pasadas, si debe hacerse referencia al prohibicionismo imperante en el siglo XVIII, en el que se imponía la pena de galera a toda mujer que ejerciera la prostitución. Durante el siglo XIX se produjeron transformaciones importantes a partir del Código Penal de 1822, recogiendo éste, por primera vez, toda una regulación de delitos relacionados con la prostitución en los términos siguientes:

Art. 537: «Toda persona que sin estar competentemente autorizada o faltando a los requisitos que la policia establezca, mantuviere ó acogiere ó recibiere en su casa a sabiendas mujeres públicas, para que allí abusen de sus personas, sufrirá una reclusión de uno a dos años, y pagará una multa de quince a cincuenta duros.

La que en iguales términos se ejercitare habitualmente en este vergonzoso tráfico sufrirá el aumento del duplo al triplo de las referidas penas».

Además de este precepto, los artículos 538 y siguientes castigaban determinadas conductas sobre prostitución de menores.

Los Códigos Penales de 1848 y 1870, claramente influidos por la concepción privatista del Derecho, propia de la emergente sociedad burguesa, castigan la prostitución y corrupción de menores en los siguientes términos: «el que habitualmente, o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, para satisfacer los deseos de otro, será castigado con la pena de prisión correccional». Estos Códigos parten de la idea expresada por Pacheco de que la Ley debe servir de sanción y salvaguarda a las costumbres, pero no deben confundir el delito con el pecado, ni actuar en todo lo que entra en la esfera de éste.

En el presente siglo, se introducen las corrientes abolicionistas, en alternancia con los prohibicionistas, mereciendo ser destacada la derogación por decreto promulgado en 1935 de la reglamentación existente hasta entonces, decreto que declaró la prostitución como un medio ilícito de vida, continuando esta concepción en las progresivas regulaciones de la época franquista al prohibir, penalizar y considerar la actividad como peligrosa.

Esta concepción de la prostitución como «actividad peligrosa» es la todavía existente en la actualidad por la vigencia de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de Agosto de 1970, que sustituyó a la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de Agosto de 1933 para modernizar, actualizar y concretar los tipos de peligros sociales. Dicha Ley fue objeto de modificación por otra de 28 de Noviembre de 1974 y, más recientemente por la Ley 77/1978 de 26 de Diciembre, que dio nueva redacción a determinados supuestos de estado peligroso y modificó las medidas aplicables a las personas a quienes se consideraba en tales situaciones y en las que se apreciaba una peligrosidad social.

De especial relevancia para la eficacia de esta legislación, considerada como defensa social, fue la creación de los Juzgados de Peligrosidad Social, que tenían por misión aplicar la misma, fijar en caso concreto la existencia de un supuesto de estado peligroso y establecer las medidas de seguridad contenidas en dicha legislación.

Entre los supuestos de estado peligroso, el artículo segundo, apartado b), 4º, sigue incluyendo a «los que habitualmente ejerzan... la prostitución», pudiendo aplicarse a dichas personas medidas consistentes en el internamiento en un establecimiento de reeducación, prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe, o de visi-

tar ciertos lugares o establecimiento públicos y sumisión a vigilancia de los delegados. (art. 6º-3 de la Ley)

Y es lo cierto que cuando se aplicó dicha normativa a la personas que ejercían la prostitución, a veces llevadas al juzgado tras redadas policiales pretendidamente moralizadoras, no lo fue con efectos reeducativos o resocializadores, sino meramente punitivos de una conducta que se estimaba socialmente desviada.

La desaparición de los Juzgados especiales de Peligrosidad Social, y la sanción de estas competencias por los Juzgados de Instrucción, reforma introducida por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985 en su disposición transitoria vigésimo séptima, apartado 2, significó de hecho la puntilla de este tipo de procedimientos, pues a partir de dicho momento se practicó en muy pocos supuestos la legislación especial de peligrosidad social, tanto de modo general cuando respecto a las personas que pudieran encontrarse en el llamado estado peligroso por el ejercicio de la prostitución.

Para la aplicación de las medidas de seguridad establecidas en la Ley, debe quedar acreditado, en primer lugar, el hecho de la inclusión del sujeto en uno de los supuestos de estado peligroso, en este caso, el ejercicio habitual de la prostitución. En segundo lugar es necesaria la apreciación de una peligrosidad social, siendo este un concepto jurídico indeterminado que el Juez de Instrucción deberá valorar, atendidas las circunstancias personales de sujeto, los parámetros sociales de la comunidad en la que se desarrolla la actividad y la repercusión que en la misma haya podido tener la conducta referida. La doctrina ha sido muy crítica respecto a esta consideración acerca de la peligrosidad social, destacando la ambigüedad del término, al carácter indeterminado de la fórmula empleada por el legislador y la conveniencia de que se hubiera fijado un criterio de peligrosidad criminal, preferentemente al de peligrosidad social que incluye al norma.

En este sentido se pronuncia Cobo en «Prevención y peligrosidad social en la Ley de 4 de Agosto de 1970», páginas 125 y siguientes, Beltrán Ballester en «los comportamientos sexuales en la Ley de Peligrosidad y rehabilitación social de 4 de Agosto de 1970», Valencia 1974, página 34, e igualmente Agustín Jorge Barreiro en «las medidas de seguridad en el derecho español», 1976, páginas 255 y siguientes.

La doctrina emanada de la antigua Sala de Apelación de peligrosidad establecía, respecto al ejercicio habitual de la prostitución, aparte de la acreditación de dicha conducta y de su asiduidad o frecuencia, que debía significar por sí misma un estado de peligrosidad social, o lo que es igual, que incida en los valores sociales, sus costumbres, normas de cultura y convivencia, o en paz, por suponer un riesgo indudable, que en judicial y adecuado pronóstico de futuro, haga prever la caída en daños lesivos, o delitos aún perjudiciales para la comunidad —Sentencia de 15 de Noviembre de 1973—.

Entendemos, en primer lugar, que dicha doctrina no puede ser mantenida en la actualidad, a la vista de los preceptos y principios constitucionales, en especial el derecho público subjetivo a la presunción de inocencia, que igualmente es de aplicación a estos procesos especiales; y que en todo caso, y atendida la realidad social del momento presente, no cabe estimar que el mero ejercicio, incluso habitual, de la prostitución, signifique por sí la existencia de una peligrosidad social por parte del sujeto, de forma que deba verse sometido al citado proceso especial cuasi penal, y pueda ser objeto de las medidas de seguridad antes expresadas.

Medidas que, por otra parte, carecen en la realidad práctica de función resociali-

zadora o reeducativa, para incidir exclusivamente en el aspecto sancionador de conductas socialmente desviadas.

De lo que precedentemente se ha expresado deducimos que sería deseable la derogación expresa de la legislación especial de peligrosidad social, al menos en lo referente a la posible aplicación de la misma a personas que ejercen la prostitución.

Ello no implica, sin embargo, que los poderes públicos deban ser indiferentes ante la realidad de este comercio carnal; antes bien, la consideración de esta actividad, habitualmente efectuada, degrada la dignidad de la persona que la ejerce, atendidos los criterios éticos, psicológicos y de valoración social, y la necesidad de que el reconocimiento de la dignidad de toda persona constituya una línea preferente en la actividad de la administración pública y sea fundamento del orden político, exige a los poderes públicos adoptar medidas de orden asistencial cultural y sanitario, para, en primer lugar, dignificar la forma de vida de estas personas, reconociendo su derecho a la cultura y a la salud, y en segundo lugar, ofrecer a las mismas una alternativa a su actual medio de vida, de forma que tengan realmente la capacidad de optar, contando con la posibilidad de ejercicio de otra actividad remunerada, y correspondiendo a los citados poderes públicos remover los obstáculos para conseguir que el ejercicio de los derechos y libertades de toda persona pueda ser real y efectivo, tal como viene ordenado en el art. 9º-2 de la Constitución Española.

Aparte de la analizada concepción de la prostitución como «actividad peligrosa», la regulación penal de determinadas conductas relacionadas con ella sigue vigente, y seguirá tras la aprobación del Nuevo Código Penal (cuyo proyecto se encuentra actualmente en trámite parlamentario), mereciendo este aspecto penal del problema el tratamiento especial que seguidamente se va a realizar.

## DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCION

La actual regulación de estos delitos, contenida en los artículos 452 bis a) y siguientes del Código Penal, deriva del convenio internacional de 21 de Marzo de 1950 (Lake success, Nueva York), tendente a la represión de trata de personas y de explotación de la prostitución ajena, y de la adhesión al mismo por parte de España, el 18 de Junio de 1962. Incidiendo en esta línea represiva, se dictó, por una parte, el Decreto-Ley de 3 de Marzo de 1956, cuyo artículo primero establecía que «velando por la dignidad de la mujer, y en interés de la moral social, se declara tráfico ilícito la prostitución», mientras que el artículo segundo prohibía en todo el territorio nacional las mancebías y casas de tolerancia.

Por otra parte, la reforma penal de 1963 introdujo los indicados tipos penales, modificando sustancialmente la normativa precedente, y alcanzando en su protección a las personas hasta la edad de 23 años.

Dicha regulación penal se ha mantenido vigente hasta la actualidad, salvo las reformas introducidas por la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de Junio, que modificó levemente los tipos penales y fijó la edad de protección en los 18 años.

Aunque no es propósito de esta ponencia realizar una exégesis de las normas penales relativas a la prostitución, si resulta necesario establecer una distinción entre las diversas tipicidades existentes en las indicadas normas; y así, puede observarse:

- 1.º La presencia de determinados tipos que castigan los diversos supuestos de prostitución o corrupción de menores, establecidos en el Art. 452 bis b) y 452 bis e) del Código Penal.

- 2.º La tipificación de otras conductas, que pudieran ser considerados como tipos calificados de coacción, referidos, finalísticamente, a la prostitución del sujeto pasivo, como son los contenidos de los números segundo y tercero del art. 452 bis a) del citado código.
- 3.º El castigo penal de la promoción de la prostitución de terceras personas mayores de edad, del proxenetismo y del rufianismo, contenido en los arts. 452 bis a) y 452 bis c), y de la llamada tercería locativa comprendida en el art. 452 bis d), todos del mismo texto legal.

Pues bien, el objeto de este estudio ha de centrarse en este último grupo de tipicidades, ya que la sanción penal de la corrupción de menores y de las diversas formas de coacción para conducir o mantener a un tercero en la prostitución no debe ser objeto, a nuestro juicio, de modificaciones sustanciales.

Pero en relación a las actuaciones relativas al favorecimiento, en cualquiera de sus formas, de la voluntaria prostitución de las personas mayores de edad, o la obtención de beneficios económicos como consecuencia de esta actividad, parece necesario que el legislador realice una tarea de reflexión en orden a adecuar la norma penal a las realidades sociales del momento en que ha de ser aplicada, porque de una simple visión de dicha realidad, con el auxilio de datos estadísticos sobre criminalidad y sobre procedimientos penales, resulta constatable:

- a) la realidad de la existencia de prostitución, respecto de personas de ambos sexos mayores de edad, actividad que en muchas ocasiones se localiza en determinados establecimientos, los cuales escasamente disimulan dicha actividad bajo denominaciones de barra americana, clubs de alterne o similares, y en otros se efectúa mediante una organización de tipo empresarial, en la que los servicios sexuales se prestan en apartamentos, pisos o locales especialmente destinados a tal fin;
- b) la escasísima persecución y castigo de tales conductas, especialmente en los grandes núcleos urbanos, pudiendo afirmarse que está en presencia de una tipicidad penal disminuida en cuanto ni se denuncian las conductas, ni son objeto de persecución por el Ministerio Público, ni generalmente se llega respecto a ellas al ejercicio del «ius puniendi» por parte de los Tribunales.

En este sentido el proyecto de Código Penal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de Septiembre de 1992, y que era objeto de debate parlamentario antes de la disolución de las Cámaras, introducía sensibles modificaciones al eliminar de los delitos relativos a la prostitución las referencias a los tipos antes indicados. Así, los arts. 189 y 192 del proyecto de Ley sancionaban las conductas de promoción de la prostitución de menores de 18 años y la utilización de estos jóvenes con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, y el art. 190 castigaba las conductas coactivas para determinar al ejercicio de la prostitución a personas mayores de edad, pero desaparecían del Código Penal las actuaciones sucintamente descritas en el apartado 3º de los antes expresados, por entender el legislador que el castigo de las mismas no estaba incurso en el mínimo necesario para la convivencia social, y atendiendo al principio de intervención mínima del derecho penal.

El texto de los citados artículos, conforme al proyecto de Ley, es el siguiente:

### Artículo 189

1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de dieciocho años, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Incurrirán, además, en la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años los que realicen las conductas anteriores prevaliéndose de su condición de autoridad pública, agente de ésta o funcionario público.

### Artículo 190

1. El que determine, coactivamente o abusando de una situación de necesidad, a persona mayor de dieciocho años a ejercer la prostitución o a mantener en ella, contra su voluntad, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.
2. Incurrirán, además, en la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevaliéndose de su condición de autoridad pública, agente de ésta o funcionario público.
3. Si aquellas conductas se ejercieren sobre persona menor de dieciocho años, se impondrá la pena superior en grado.

Esta sustancial reforma de nuestro sistema punitivo ha quedado, por el momento, frustrada dada la repetida disolución de las Cámaras legislativas y la convocatoria de elecciones generales. En todo caso, parece necesario incidir en que la ulterior reforma de la legislación penal, que el actual Gobierno habrá de afrontar, deberá en esta materia seguir los pasos del antedicho proyecto de Código Penal, para desterrar de la tipicidad penal las conductas a que precedentemente se ha hecho referencia y, en concreto, las contenidas en los arts. 452 bis a)-1°, 452 bis c) y 452 bis d) del Código Penal, todavía formalmente vigentes.

### LA REGLAMENTACION COMO MEJOR ALTERNATIVA POSIBLE

A pesar de que la opción por este sistema llevaría implícito el ejercicio clandestino de la prostitución por quienes no pasaron los controles impuestos gubernativamente, es la solución que presenta más ventajas, tanto desde el punto de vista de la defensa de los derechos de las personas que se prostituyen, como por el control sanitario de estas, en evitación, ante todo, de enfermedades de transmisión sexual, de las que la prostitución es la causa primera y principal en su propagación.

Esta opción no significa, evidentemente, que se acepte la prostitución como algo deseable, sino, por el contrario, partiendo de la consideración de la misma como degradante, no se pueden cerrar los ojos ante la realidad de su existencia, por lo que, aceptada exclusivamente como tal hecho real, el pleno respeto que nos merece la autodeterminación personal de quienes optan por prestar su cuerpo a cambio de una compensación económica y la aceptación social de la existencia del fenómeno debe llevarnos a la defensa de un sistema que controle y regule las condiciones en que debe ejercerse la prostitución, las relaciones laborales de quienes la ejercen, las repercusiones jurídicas que puedan derivarse del ejercicio clandestino, los abusos de terceros (clientes, proxenetes, chulos ...), y, en definitiva, de cualquier actividad que pueda estar relacionada con el fenómeno objeto de este estudio.

Esta legalización habría de completarse, por supuesto, con la aplicación de medidas que pudieran solventar el problema personal de origen (paro, drogas, etc.) de quienes se han visto obligados a optar por este oficio por falta de otras alternativas, así como con la imposición de sanciones a personas o instituciones que los exploten psicológica, social y económicamente, completando así, toda una regulación de esta actividad que, aún siendo reprochable moralmente, su realidad impone una atención especial por parte de los poderes públicos y de la sociedad, salvo que se quiera permanecer en el estado actual de hipocresía colectiva.

# EL TRABAJO DE LOS PENADOS

Comisión de Derecho Laboral

La orientación reeducadora y reinsertadora que la Constitución atribuye a las penas privativas de libertad (Art. 25.2) —y que igualmente recoge la Ley Orgánica General Penitenciaria en su art. primero— tiene uno de sus principales instrumentos en el expreso reconocimiento en favor de los condenados a penas de prisión del «derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social».

La situación real en nuestras cárceles en los momentos anteriores a la Constitución en los que el índice de ocupación laboral apenas superaba un 16 % de los reclusos, según los datos estadísticos del Organismo Autónomo «Trabajos Penitenciarios», hizo abrigar grandes esperanzas en distintos sectores de la población, incluida la doctrina penitenciaria y la laboralista, que creyeron llegado el momento de, por fin, acercar la realidad a los contenidos de las tradicionales proclamaciones programáticas del ordenamiento jurídico de la dictadura. La normativa preconstitucional ya reconocía explícitamente (art. 3 a) del Decreto 2705/1964 de 27 de Julio, la finalidad resocializadora del trabajo penitenciario pero, como en otros tantos ordenes de cosas, la práctica se encargaba obstinadamente de presentarnos una realidad completamente diferente en la que el trabajo educador y reinsertador del penado constituía más una excepción que una regla. La ausencia de una regulación específica que contemplara este tipo de prestación también contribuía, posiblemente, a la escasa incidencia del trabajo como elemento de reinserción del delincuente. Quizá fuera la Ley de Relaciones Laborales del 8 de abril de 1976 el primer instrumento normativo que sirviera para empezar a confiar en un cambio de orientación; por primera vez se contemplaba la relación laboral penitenciaria como una de las relaciones laborales de carácter especial. Al no desarrollarse luego reglamentariamente aquella previsión legal, continuó en vigor la exclusiva concepción penitenciaria del trabajo de los penados, en la forma que lo entendió la propia Exposición de Motivos del Decreto de 27 de Julio de 1964, permaneciendo también vigente la «generosa» relación de actividades de carácter gratuito que el mismo Decreto contemplaba.

La ausencia de la más mínima equiparación entre el trabajo en libertad y el que pudiera desarrollarse en las cárceles o fuera de ellas por los penados en situación de régimen abierto, también tuvo su reflejo en los beneficios en materia de Seguridad Social, puesto que, aunque a partir del Decreto 573/1967 de 16 de Marzo se había producido la inclusión obligatoria en el régimen general del sistema de Seguridad Social de los pocos reclusos encuadrados en el Organismo de Trabajos Penitenciarios que realizaban prestaciones laborales retribuidas, asimilandolos a trabajadores por cuenta ajena (art. 1º Decreto 573/67), la cobertura social de los afectados era muy incompleta en relación con los trabajadores libres.

La consagración constitucional —en la forma que nuestra primera norma lo hace— de la orientación resocializadora de las penas privativas de libertad y, sobre todo, del expreso reconocimiento en favor del condenado de los derechos fundamentales recogidos en el Capítulo II del Título I y «en todo caso» del derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, parecía dar a entender un importantísimo cambio progresivo y el compromiso de los poderes públicos en orden al logro o, al menos, al acercamiento al pleno empleo en las prisiones. En

efecto, la ubicación de estos derechos en la Sección Primera, Capítulo II del Título I, les hace gozar de la denominada superprotección constitucional que garantiza el art. 53 del propio Texto Constitucional. No solo tales derechos pueden ser recabados por cualquier ciudadano ante los tribunales ordinarios a través del procedimiento sumario y preferente y ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo, sino que —y quizá esto fuera lo más importante— los referidos derechos vincula a todos los poderes del Estado. Era regla comúnmente aceptada que los derechos reconocidos en la Sección Primera ni siquiera se necesitaban de una posterior concreción o desarrollo legislativo para que pudieran ser invocados y exigidos ante los poderes públicos. Algún tratadista, en base a estos presupuestos, llegó a afirmar con una incommensurable dosis de ingenuidad jurídica que, como veremos, el tiempo y el Tribunal Constitucional, se ha encargado de desbaratar, que «los únicos ciudadanos españoles que pueden acudir ante los tribunales ordinarios recabando un trabajo remunerado son los reclusos».

Si ya eran un indicio de la regresión que en esta materia —y con relación a la propia previsión constitucional— se estaba produciendo, el hecho de que el Gobierno, pese al expreso mandato de la Disposición Adicional Segunda de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de marzo de 1980, dejara transcurrir el plazo de dieciocho meses del que dispuso para regular la relación —que se reconocía laboral— especial de los penados en las instituciones penitenciarias, podemos afirmar que la posición restrictiva al reconocimiento de un derecho declarado fundamental por la propia Constitución ha sido consagrado por la doctrina del Tribunal Constitucional a partir, sobre todo, del año 1986 (sentencias 82 y 163/86).

Si el gobierno perdió la oportunidad (y volvió a hacerlo cuando también dejó transcurrir el nuevo plazo de 12 meses que le otorgó la Ley 32/84 que modificó el Estatuto de los Trabajadores) de equiparar en la medida de lo posible el trabajo de los penados con el de los trabajadores libres y regular las especificidades propia de los servicios laborales prestados por cuenta ajena por quienes disfrutaban de régimen abierto, dando de este modo contenido efectivo a la proclamada reeducación y reinserción social de los condenados, también perdió —al menos temporalmente— el Tribunal Constitucional la ocasión de elevar o, al menos, mantener el «techo» garantizado a los reclusos por el Art. 25.2 de la Constitución (el Alto Tribunal ha llegado incluso a declarar la inadmisibilidad del recurso de amparo de un interno aduciendo, entre otras razones, que «carece de contenido constitucional»). Parece consolidada la paradójica regresión en esos derechos fundamentales que el propio Tribunal Constitucional propicia, cuando muy recientemente (sentencia 17/1993), se ha vuelto a insistir en que el derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la seguridad social reconocidos «EN TODO CASO» al condenado por el artículo 25.3 de la Constitución «no supone su configuración como un verdadero derecho subjetivo perfecto del interno frente a la Administración» y se vuelve (ya lo decía el auto del 14 de marzo del 88 y las sentencias 82/86, 2/87 y 172/89) a mantener que «son derechos que se insertan en los fines de reeducación y reinserción social a los que por exigencia constitucional deben orientarse las penas privativas de libertad y, en tal sentido, *son derechos de aplicación progresiva* (el subrayado es nuestro), cuya efectividad se encuentra en función de los medios que la Administración Penitenciaria tenga en cada momento, no pudiendo por tanto ser exigidos en su totalidad de forma inmediata en el caso de que realmente exista imposibilidad material de satisfacerlos».

No creemos que sean ajenos a la dejación del legislador reglamentario y a la pe-

culiar interpretación regresiva del Tribunal Constitucional, bajo la curiosa fórmula de la «aplicación progresiva» de derechos reconocidos como fundamentales los bajísimos índices de ocupación en las cárceles que muestran las estadísticas oficiales a las que comenzamos haciendo referencia y a las oficiosas recogidas por algún sector doctrinal que señalan promedios de penados con trabajo, por ejemplo, en 1984 de 1.725, en 1985 de 2.022, en 1986 de 2.291, en 1987 de 2.445 y en 1988 de 2.604, sobre poblaciones totales de penados de 9.370 personas, 11.916, 14.026, 15.939, 16.716 en cada uno de aquellos respectivos años.

Por el contrario, parece lógico pensar que existe una auténtica relación causa-efecto entre esas dos actitudes (la falta de regulación de la declarada relación laboral especial y las tesis restrictivas respecto a un derecho fundamental efectuadas por el Tribunal Constitucional) y la cada vez más degradada situación del empleo en las cárceles. Nos parece evidente que ambas actitudes están sirviendo de cobertura a las administraciones públicas competentes para eludir el esfuerzo económico que como indudablemente, se debe derivar de la aplicación del art. 25.2 de la Constitución.

Propugnamos por tanto:

1. Una interpretación de los derechos que garantiza el art. 25.2 de la Constitución más favorable a su propia efectividad, conscientes de que ello contribuiría sensiblemente al aumento de los esfuerzos económicos de los organismos públicos competentes para mejorar la actual situación.
2. La urgente regulación mediante norma de rango adecuado, de la reconocida relación laboral especial de los penados en las instituciones penitenciarias, equiparando al máximo y en la medida de lo posible los derechos y obligaciones —individuales y colectivas— del trabajo libre con el trabajo en las cárceles y contemplando las especificidades necesarias del trabajo en régimen abierto.
3. La urgente equiparación de intensidades entre los beneficios de seguridad social del trabajador libre y del penado.
4. La pronta creación de puestos de trabajo en los establecimientos penitenciarios y la consecuente priorización presupuestaria para su logro.



# EL TRABAJO IRREGULAR DE LOS EXTRANJEROS

Comisión de Derecho Laboral

## 1. LA EMERGENCIA DEL TRABAJO CLANDESTINO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS

España se ha convertido en un país de inmigración, que en diciembre de 1992, presentaba un stock global de quinientos cincuenta mil permisos de residencia, distribuyéndose por países de origen del siguiente modo:

- a) C.E.E., 40 %
- b) Otros países de Europa, 6 %
- c) Asia, 8 %
- d) África, 20 %
- e) América, 24 %

Este flujo migratorio se nutre de muy diversas fuentes, siendo la más importante la originaria de países europeos desarrollados, cuyas rentas les permiten jubilarse en España.

No obstante, se va produciendo una gran emergencia de extranjeros, que pretenden ejercer una actividad remunerada en España, siendo totalmente significativo, que en los últimos años se vienen concediendo cincuenta mil permisos de trabajo aproximadamente, siendo poco aventurado afirmar, como se verá más adelante, que existe un número mayor de trabajadores, que trabajan por cuenta propia y en mayor medida, por cuenta ajena, que carecen de permiso de trabajo y realizan sus actividades profesionales de forma irregular, siendo ésta la tendencia de futuro, que se acelerará progresivamente, como viene sucediendo en otros países occidentales.

Estos trabajadores provienen en su mayoría de Portugal, Asia, América y África, especialmente de Marruecos y ocupan ordinariamente puesto de trabajo poco calificados en la agricultura, en la construcción y en los servicios en general.

La situación de irregularidad se constata de la simple comparación entre estancias, que al tratarse de situaciones temporales, son muy reducidas, permisos de residencia y permisos de trabajo y residencia combinados, que en la memoria del Ministerio del Interior para el año 1989 se hace muy esclarecedora:

*Tipos de permisos*

*Estancias, 8'74 %*

*Residencias, 44'45 %*

*Residencia y trabajadores por cuenta ajena, 26'17 %*

*Residencia y trabajadores por cuenta propia, 20'64 %*

Estos datos revelan, como subraya Antonio Izquierdo Escribano, en su informe sobre la Inmigración en España, en 1880/1890, que la escasa demanda de estancias trae su causa en la voluntad de permanencia de los inmigrantes, justificándose exclusivamente para la realización de trabajos de temporada.

*La alta proporción de residencias se justifica en una triple motivación:*

- a) Ocultación de la actividad laboral, cubierta por la obtención del permiso de residencia.
- b) Una importante presencia de mujeres, que aún no se proponen entrar en el mercado de trabajo.
- c) La aún importante presencia de rentistas y jubilados.

*El alto porcentaje de permisos de residencia, combinados con el permiso de trabajo por cuenta propia implica lo siguiente:*

- a) La combinación de trabajos ambulantes con otros temporales por cuenta ajena.
- b) La mayor facilidad para obtener este tipo de permiso de trabajo.
- c) Una importante presencia de comerciantes y trabajadores autónomos.
- d) Incidencia de profesionales liberales procedentes en su mayoría de los países de la C.E.E.

*Por último, la escasa incidencia de los trabajadores, que pretenden trabajar por cuenta ajena, demuestra que:*

- a) El encubrimiento de trabajadores, que piensan trabajar para otros, justificado por la propia demanda clandestina de trabajo y por la enorme dificultad de obtener un permiso de trabajo de estas características.
- b) La existencia de una inmigración irregular o atípica, que no se va a emplear en sectores económicos más asalariados.

Así las cosas, la línea de tendencia acredita cada vez más, que el número de trabajadores extranjeros, que prestan sus servicios irregularmente en España aumentará progresivamente, en detrimento de los extranjeros, que prestan su trabajo normalizadamente, esto es, con permiso de trabajo y residencia en regla y ello se justifica no sólo por la enorme desigualdad existente entre los países del tercer y cuarto mundo y los países desarrollados, junto con la presión demográfica de los países subdesarrollados, sino por una demanda efectiva y emergente de trabajadores extranjeros en el mercado de trabajo español para ser destinados a la economía sumergida y por ello, a un régimen de sobreexplotación.

## **2. EL MARCO LEGAL Y LA APUESTA POR UNA SOCIEDAD CERRADA**

Siendo, por tanto, rasgos característicos de la explosión de mano de obra extranjera en el mercado de trabajo clandestino de nuestro país, la presión económica y demográfica de los países del tercer y cuarto mundo, que, independientemente de cualquier política represiva, que pudiera aplicarse, va a continuar aumentando, mientras subsista y se acentúe una política económica dominante, basada en el desarrollo desigual y de otra parte, la propia demanda del mercado de trabajo español, que viene requiriendo la presencia masiva de estos trabajadores, sobre todo en determinados sectores de producción, como la agricultura, la construcción y buena parte de los servicios, en especial el servicio doméstico, debe analizarse si el marco legal existente constituye sostén suficiente para modificar o corregir el actual estado de cosas, haciéndose la respuesta necesariamente negativa, pese a las buenas intenciones de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/85, de derechos y libertades de los extranjeros en España.

Así el legislador en la exposición antedicha, recordando el mandato del artículo 13 de la Constitución Española, sostiene, que la máxima preocupación de la ley pasa por *reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades, cuyo ejercicio queda prácticamente equiparado al de los propios ciudadanos españoles y para el que se establecen las mayores garantías jurídicas, que sólo ceden ante exigencias de seguridad pública claramente definidas, pero dichas afirmaciones, en lo referente al problema fundamental de los emigrantes, que no es otro que trabajar de modo re-*

gular y digno en nuestro país, se convierten en papel mojado en el articulado de la norma.

En efecto, el artículo 7.c del Estatuto de los trabajadores reconoce a los trabajadores extranjeros, capacidad para contratar su trabajo, «de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia», legislación ésta, constituida básicamente por la Ley 7/85, de 1 de julio y por el R.D. 1.119/86, de 26 de mayo, que aprueba el reglamento de ejecución de la Ley antedicha, así como el R.D. 1.099/86, de 26 de mayo, que regula la entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de Estados miembros de la C.E.E.. sobre el que no se hará mención especial, por cuanto la inmediata libertad de circulación de estos trabajadores les expulsa de la problemática a estudiar.

El requisito «sine qua non» de los contratos de trabajo de los extranjeros en España pasa por la concesión previa del llamado permiso de trabajo, que no es exigido a las personas, que gozan del principio de extraterritorialidad (personal diplomático, consular y asimilados), ni algunas categorías profesionales, como científicos y técnicos, invitados por la Administración, profesores invitados por la Universidad española, que se contratan para realizar actuaciones concretas, corresponsales de prensa, radio o T.V. extranjeras, religiosos ..., ni a los trabajadores autónomos, procedentes de Gibraltar (artículo 16 de la L.O. 7/85).

Así pues, los trabajadores extranjeros mayores de 16 años, que pretendan trabajar en nuestro país, conforme al mandato del artículo 15 de la L.O. 7/85, bien por cuenta propia, bien por cuenta ajena, deben solicitar simultáneamente el permiso de trabajo, que concede el Ministerio de Trabajo, junto con la autorización de residencia, que debe ser expedida por el Ministerio del Interior, cuando el trabajo sea por noventa o más días de duración, subrayándose, que para trabajar por cuenta ajena, el trabajador debe justificar la suscripción de un contrato de trabajo o en su defecto, el compromiso formal de colocación, como se desprende del artículo 17.1 L.O. 7/85.

Ambos permisos deben solicitarse ante la Dirección Provincial correspondiente del Ministerio de Trabajo y S. Social o a la Dirección General del Instituto Español de Emigración y se expiden con idéntica duración en un documento unificado, estando legitimados para su solicitud, conforma a lo previsto en el artículo 44.1.2 del R.D. 1.119/86, el propio empresario y en su defecto, el trabajador afectado.

Los tipos de permisos de trabajo por cuenta ajena son los siguientes:

- a) *Permiso A*, con duración de hasta nueve meses y no susceptibles de renovación, aunque puede solicitarse uno nuevo cuando hayan transcurrido doce meses desde la concesión del anterior o tres meses desde su caducidad, para la realización de actividades estacionales cíclicas o de temporada y que puede ser limitado a un sólo empresario o contrato de trabajo (arts. 34.2 y 35 R.D. 1.119/86).
- b) *Permiso B*, con validez para trabajar en una profesión actividad y ámbito geográfico determinado con duración hasta un año, susceptible de renovación, limitándose en su primera concesión, a un empleador concreto y al tiempo correspondiente al contrato (arts. 34.2 y 36 del R.D. 1.119/86).
- c) *Permiso C*, con validez para trabajar en cualquier actividad y ámbito geográfico, con duración de hasta cinco años y susceptible de renovación (arts. 34.2 y 39).

Es posible también, conforme a lo establecido en los arts. 34.3 y 43.1 del R.D. 1.119/86, la sustitución del permiso de trabajo, por una autorización colectiva, solici-

tada por el empresario, para la realización de una obra o servicio determinado, cuya duración no podrá ser superior a tres meses y sin posibilidad de renovación.

La concesión y renovación del permiso de trabajo ha de tener en cuenta la existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad correspondiente, la escasez de mano de obra española en la misma y el trato de reciprocidad con el país de origen (art. 18.1 L.O. 7/85).

Tiene preferencia en la obtención y renovación del permiso de trabajo los extranjeros nacidos en España, los casados con españoles, los contratados para puestos de confianza, los residentes en España en los últimos cinco años, los iberoamericanos, los portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos y sefardíes, como se desprende del artículo 18.3 de la Ley antedicha.

No obstante, no se concederá permiso de trabajo cuando lo aconseje la situación de empleo, las condiciones de trabajo sean inferiores a las legales o cuando la petición, la formule un empresario extranjero no autorizado a trabajar en España por incumplimiento de la legislación social (art. 37.4 del R.D. 1.119/86).

Las condiciones de trabajo de los extranjeros se basan en el principio de igualdad de trato respecto a los nacionales, de modo, que el salario y demás condiciones de trabajo de los extranjeros autorizados a trabajar en España, no podrán ser inferiores en ningún caso a los fijados para los trabajadores españoles en la actividad, categoría y localidad de que se trate (art. 32 R.D. 1.119/86).

Por ello, siendo determinante la posesión de permiso de trabajo, debe subrayarse, que la prestación de trabajo sin el permiso antedicho, está prohibida expresamente por el artículo 15 de la L.O. 7/85, en relación con los artículos 33.2. y 46.1 del R.D. 1.119/86, de modo, que si un trabajador desoye dicha prohibición, puede ser expulsado de España, a tenor con lo establecido en el artículo 26.1.b) de la propia L.O. 7/85, mientras que el empresario afectado, incurrirá en responsabilidad administrativa, a tenor con lo establecido en el artículo 28.1 de la L.O. 7/85, en relación con lo previsto en el artículo 35.1 de la L.I.S.O.S.

De lo expuesto, se deduce con claridad, que las normas analizadas están regulando un supuesto de hecho «normalizado», consistente en contrataciones formales, sin iniciarse la prestación de servicios hasta la obtención del permiso de trabajo, que tiene poco que ver con la realidad, por cuanto la oferta de empleo a trabajadores extranjeros se produce, en el mejor de los supuestos, por empresarios que requieren inmediatamente sus servicios y ejecutan de inmediato el contrato de trabajo, sin perjuicio de su formalización e inmediata solicitud del permiso pertinente, lo que coloca a ambas partes en situación de ilegalidad y en la mayoría de los casos, mediante realización de actividades por cuenta ajena, sin suscripción de contrato, ni solicitud de permiso y por ello, en condiciones de precariedad, lo que permite concluir, que se apuesta por un modelo de sociedad cerrado al fenómeno masivo de la inmigración, que multiplica sus efectos perversos, por cuanto lo inmigrantes no van a dejar de venir por las limitaciones administrativas expuestas, mientras subsistan las condiciones económicas y sociales, que les impulsan a abandonar sus respectivos países y se mantenga un importante mercado de trabajo sumergido, generando, de una parte, fenómenos de sobreexplotación de estos trabajadores y de otra, el aliento de actitudes racistas y xenófobas en una parte de la sociedad española y en especial de un sector de trabajadores españoles, que encuentran una competencia muy fuerte en estos trabajadores extranjeros, que trabajan en ínfimas condiciones.

### 3. LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN PERMISO. POSICIONES JURISPRUDENCIALES

Centradas las consecuencias administrativas de la realización de trabajos por cuenta ajena, sin el pertinente permiso de trabajo, resta por despejar las consecuencias jurídicas en el contrato de trabajo que, pese a no contar con el permiso de trabajo, bien porque nunca se solicitó, bien porque se solicitó, estando pendiente de concesión o pese a su denegación expresa, se ejecutó efectivamente.

Al respecto, debe decirse, que la jurisprudencia se ha mostrado confusa, cuando no contradictoria, pudiéndose centrarse sus grandes líneas de fuerza en dos hipótesis de trabajo, defendiendo la primera, *la nulidad del contrato* y la segunda, *la anulabilidad del mismo*.

#### a) La tesis de la nulidad

Una parte de la jurisprudencia vino sosteniendo, que al exigirse permiso de trabajo para trabajar en el territorio español, la falta del mismo, provoca una incapacidad del trabajador, que vicia la nulidad radical el contrato, habiéndose pronunciado en dicho sentido, el Tribunal Supremo, en sentencia de 20-12-1982(A:7.872), 10-2 y 21-6-1983(A.1.137 y 3.031) y el T.C.T. en numerosas ocasiones, por todas, sentencias de 26-4 y 18-9-1.984, 28-5-86 y 22-9-1987.

Esta tesis no es compartida por un sector de la doctrina, como Carlos Palomeque y Ramos Quintana, quienes sostienen, que la falta de capacidad daría origen a la anulabilidad del contrato.

No obstante, el sector mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia viene sosteniendo, que estos contratos son nulos de pleno derecho, por aplicación de lo establecido en el artículo 6.3 del Código Civil, que establece que «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

Por ello, si el contrato se estipuló en contra de las normas ya citadas, que obligan a la obtención previa del permiso de trabajo, deber ser reprobado por el ordenamiento mediante la técnica sancionatoria de la nulidad, colocándose en dicha posición la mayoría de la doctrina, A. Olea, Casas Baamonde, DE la Villa y otros, Sala Franco y otros y Montoya Melgal.

Este es, asimismo, el criterio de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, por todas, sentencias de 23-9 y 20.10-1986(A.5.146 y 5.859), de 1-6 y 11-12-1987(A.4.078 y 8.890), de 12-7-1990(A.6.104) y de 15-3-1991(A.1.862).

En idéntico sentido, sentencias del T.S.J. de Canarias, de 12-4 y 14-6-1991(R.A.S. 2.366 y 3.490), de Andalucía, de 13-12-1991(R.A.S. 1.440) y 2-9-1992(R.A.S. 4.282), del País Vasco, de 28-9-1992(R.A.S. 4.224).

Por tanto, una vez declarada la nulidad del contrato, el trabajador afectado tendrá derecho a percibir la totalidad de la remuneración, que correspondiera a un contrato de trabajo válido, a tenor con lo establecido en el artículo 9.2 del Estatuto de los trabajadores, evitándose, de este modo, un enriquecimiento injusto por parte del empresario.

No obstante, el Tribunal Supremo en sentencia de 27-11-1989(A. 8.257) vino a sostener, que además de los salarios correspondientes al contrato, cabría admitir reclamación de indemnización de daños y perjuicios, cuando la causa torpe del contrato corresponda al empresario.

En cualquier caso, la nulidad antedicha afecta también a los supuestos de falta de prórroga y de renovación del contrato, como recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de 1-6 y 11-12-1987(A. 4.078 y 8.890).

## b) La tesis de la anulabilidad

Esta línea doctrinal, apoya la anulabilidad del contrato, tanto en la capacidad del trabajador extranjero para trabajar, así como en un posible vulneración de lo establecido en el artículo 6.3. del Código Civil.

En efecto, algunas sentencias aisladas del T.C.T., de 30-4 y 2-11-1976 (A.2.237 y 4.938) y 5-12-1977(A. 608), vinieron a sostener, que la obtención de permiso de trabajo constituía únicamente un requisito administrativo impuesto para poder trabajar, que no afectaba a la capacidad del trabajador extranjero para contratar, por cuanto la nacionalidad no puede ser considerada «sino como un a condición que limita para la aptitud para trabajar, de la que se deduce que el contrato así celebrado no será nulo, sino anulable ...».

Con otra posición, tal vez más técnica, otro sector de la jurisprudencia viene sosteniendo, con aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, que al no establecerse en la legislación específica, que el contrato así celebrado debería reputarse nulo, limitándose los artículos 25, 26, 27 y 28 de L.O. 7/85, a castigarlos con sanciones administrativas, llega a la conclusión de que el único efecto sobre el contrato sería la anulabilidad, que estaría condicionada a la obtención del permiso de trabajo, siendo destacable en dicho sentido, la sentencia del T.C.T. de 24-11-1978(A.6.493).

Apoya, asimismo, la tesis de la anulabilidad, la sentencia del Tribunal Supremo, de 15-3-1989(A.2.414), en la que se sostuvo, que, «...si bien condiciona el ejercicio de una actividad laboral por los extranjeros a la concesión de los permisos de trabajo y residencia, ello no entraña, que los contratos suscritos sin ellos sean nulos, sino que tendrán validez hasta su concesión, pues sólo en el supuesto de denegación, es cuando podrá estimarse dicha nulidad...».

En el mismo sentido el T.S.J. de Madrid, en sentencia de 8-1-1991(R.A.S. 709), en la que sostuvo la normalización del contrato de trabajo, una vez concedido el permiso de trabajo y validó el tiempo trabajado con anterioridad a la obtención.

Con el mismo criterio, el T.S.J. de Cataluña, en sentencia de 18-10-1991(R.A.S. 5.659) y el T.S.J. de Baleares, en sentencia de 30-1-1992(R.A.S. 210), en la que vino a convalidar el contrato, aún cuando el permiso de trabajo se obtuviera con posterioridad a la extinción del contrato.

## Conclusiones críticas

Del examen de los criterios jurisprudenciales expuestos, aún admitiendo el esfuerzo realizado por los defensores de la tesis de la anulabilidad, por acercarse a la realidad social, que se pretende juzgar, parece evidente, que la ejecución de un contrato de trabajo, sin la obtención previa del permiso de trabajo, constituye una vulneración directa a los establecido en el artículo 15 de la L.O. 7/85, en relación con los artículos 33.1 y 2 y 46.1 del R.D. 1.119/86 y por ello, al tratarse de un acto contrario a lo dispuesto en la ley, ha de entenderse, que se trata de un «negocio jurídico prohibido», cuya consecuencia es la nulidad de pleno derecho.

Ello es así, porque atenta contra lo establecido en norma imperativa, afectando directamente a la causa del contrato, que ha de reputarse ilícita por aplicación de lo establecido en el artículo 1.275 de Código Civil, de ahí, que no alcance efecto legal alguno, sin que su posterior sanción, como subrayan De la Villa y otros, pueda convertirse en convalidadora y subsanadora del contrato de trabajo, sin perjuicio de la reclamación de salarios ex artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores y en su caso, la indemnización de daños y perjuicios, caso de acreditarse, que la torpeza de la causa es imputable exclusivamente al empresario, en los términos ya expuestos.

Debe concluirse, por tanto, diciendo, que no cabe buscar soluciones reparadoras a la situación de miles de contratos irregulares de trabajadores extranjeros, que se ejecutan en nuestro país, en interpretaciones jurisprudenciales más o menos avanzadas, que afectan en todo caso a una minoría de contratos, por cuanto en la mayoría de éstos no existe contrato escrito, ni se ha solicitado el permiso correspondiente, haciéndose necesaria la transformación de la normativa vigente, si se quiere modificar efectivamente la situación existente, que debe calificarse de insostenible.

En efecto, si se parte de la base de que los trabajadores inmigrantes van a continuar viniendo a España, mientras no se modifiquen las razones ya expuestas y que va a mantenerse una fuerte demanda de trabajo irregular, parece evidente, que la única solución razonable es la regularización permanente, de modo que todo contrato de trabajo existente, aunque no tenga permiso de trabajo, debe convalidarse, reconociéndole automáticamente el permiso de trabajo, que corresponda a la naturaleza de la actividad realizada y al tiempo de trabajo prestado, lo que obligaría a modificar la ley, estableciendo, conforme a lo previsto en el artículo 6.3 del Código Civil, esta consecuencia, cuando se formalicen contratos de trabajo sin el pertinente permiso de trabajo.

Ciertamente, cabría objetar, que una decisión de estas características dispararía la emigración, pero dicha afirmación no puede compartirse, por cuanto esta política incidiría directamente sobre la oferta de trabajo precario, que es una de las causas determinantes de la emigración clandestina masiva y si estos empresarios comprueban, que estos contratos de trabajos son convalidados y deben cumplirse hasta sus últimas consecuencias, restringirán su utilización masiva.

Por otra parte, si los extranjeros compiten en el mercado de trabajo en pie de igualdad con los trabajadores españoles se dulcificará en buena medida la emergencia de actitudes xenófobas por parte de un sector de los trabajadores españoles.

Obviamente la dirección expuesta debe enmarcarse en un proceso de cambio en las sociedades occidentales, que deben tomar conciencia de las causas profundas de la explosión migratoria, que se vive en la actualidad y que aumentará progresivamente, mientras no se rompa el actual desequilibrio económico entre el Norte y el Sur, siendo imperativo, mientras tanto, apostar por una sociedad abierta, que no de la espalda al problema humano aquí debatido y defina nuevas políticas, que atiendan los retos económicos, social, culturales y de presión demográfica, que plantea el fenómeno migratorio, desde una política de solidaridad efectiva y que rompa definitivamente con zonas oscuras del ordenamiento jurídico, que facilitan de hecho la sobreexplotación masiva de los trabajadores extranjeros.

# ALGUNOS ASPECTOS DEL DERECHO LABORAL EN RELACION CON LA DROGODEPENDENCIA

M.<sup>a</sup> Antonia LOZANO y Carlos URIBE

## I. INICIO Y EXTINCION DE LA RELACION DE TRABAJO. TEST Y CONTROLES PREVIOS

Estamos asistiendo en España al nacimiento de la práctica del control sanitario previo a la admisión del candidato al puesto de trabajo, practica extendida en EE. UU. y en otros países europeos. Sobre éste aspecto se carece en Derecho laboral de normativa alguna. ¿Cuáles son los límites constitucionales a dicha intervención corporal por parte del empresario, del empleador?

La intervención corporal es uno de los temas mas complejos que se plantean en la actualidad, sin que exista al respecto legislado nada en materia laboral; partiendo de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31/89 de 15 de febrero que establece que «la Constitución garantiza la intimidad personal, art. 18.1, de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona», ciertamente establecido sobre las intervenciones corporales derivadas del descubrimiento de los hechos en el derecho penal, pero que por similitud con la materia que nos ocupa puede aplicarse íntegramente, puede establecerse *como límites a dichas pruebas médicas personales*, el principio del razonable nexo causal entre el trabajo a realizar y el análisis a practicar por el empleador, y en segundo lugar, la existencia de consentimiento no viciado por parte del trabajador, aspecto de difícil evaluación, por lo que en principio parece razonable que en desarrollo del art. 18.1 de la Constitución, derecho sustantivo laboral, ésta materia del control previo sanitario pudiera desarrollarse legislativamente.

### Extinción de la relación de trabajo

El art. 54.2 f) del Estatuto de los Trabajadores, embriaguez habitual y toxicomanía como causa de despido.

La presencia en el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores —despido disciplinario— del apartado 2 f) «*la embriaguez habitual o la toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo*» como una de las causas que pueden ser constitutivas de despido disciplinario, se destaca por dos factores que la hacen diferenciarse del resto de las causas enumeradas en dicho artículo, el primero, es el muy poco frecuente uso de ésta causa de despido disciplinario que se realiza por las empresas, que raramente llega a los Juzgados Sociales, del muestreo realizado en los Juzgados de los Social de Madrid su media no pasa de un 0'4 % anual frente a 240 despidos disciplinarios para el año 1992, en segundo lugar, se trata de una causa sumamente controvertida, así se manifiesta en la «I Jornadas sobre intervención sindical en drogodependencias», Madrid, octubre de 1991, por el Sindicato de CC. OO. Teléfonos «*únicamente en la legislación laboral se penaliza el consumo de drogas con la máxima pena —el despido— en clara discrepancia con el resto del orden jurídico, olvidando que muchas de las causas que impelen al trabajador a ello están dentro de la empresa*».



Dos son los aspectos a destacar del art. 54.2 f) del Estatuto de los Trabajadores, que concreta y desarrolla su antecedente de la Ley de Contrato de Trabajo (justa causa de despido : la embriaguez cuando es habitual) al equiparar a embriaguez habitual la toxicomanía y en segundo lugar, la exigencia de repercusión negativa en el trabajo.

A destacar que para ciertas profesiones el requisito de *habitualidad* de la embriaguez se debilita en la jurisprudencia, así los conductores (Renfe, transportes públicos, transportes por carretera de mercancías sean o no peligrosas) en las que la carencia de prueba de habitualidad en dicho estado no ha impedido «la función realizada por el trabajador hace que se justifique la sanción disciplinaria de despido aplicada a las faltas cometidas en estado de embriaguez por el riesgo de los pasajeros y demás usuarios de la carretera».

La exigencia de repercusión negativa en el trabajo, limita acotando esta causa de despido procedente, dicha repercusión, así como su entidad deberán ser acreditadas por el empresario que no se ha de limitar a probar la habitualidad de la embriaguez o la toxicomanía, por lo que de acuerdo con Baylos hay que estimar «que las conductas que integran la vida privada del trabajador, sólo pueden ser censuradas por el empresario, sí en cualquier forma, repercuten negativamente sobre su aptitud profesional, sobre la prestación de servicios contratada y no, desde luego, sobre la buena imagen de la empresa o su buen nombre».

## II. SEGURIDAD SOCIAL Y DROGODEPENDENCIA

Puede resumirse la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con la drogodependencia, en la existencia de numerosos pronunciamientos acerca del alcoholismo y escasos acerca de la drogodependencia, derivado de la lógica menor incardinación en el mundo laboral del drogodependiente fundamentalmente de opiáceos, adición que se muestra en ése aspecto con matices absolutamente inhabilitadores para el trabajo.

Existe una antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo que descalifica de plano el alcoholismo como secuela invalidante y por lo tanto contingencia protegida en la Ley General de la Seguridad Social, al entender que la ingestión del alcohol es imputable únicamente a quien lo toma, por lo en ello no puede existir responsabilidad alguna de la Seguridad Social, de la Entidad gestora o de la empresa.

Acerca de dicha jurisprudencia, Enrique Lillo Pérez en «Drogodependencias, toxicomanía y alcoholismo en relación con los derechos y deberes del trabajador» escribe con referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16-6-62 (R.A. 3.243) «tal postura jurisprudencial desproporcionada equiparaba el alcoholismo con la búsqueda dolosa de lesión o autolesión y, por tanto, con las situaciones previstas en el art. 23 de la Orden del Ministerio de Trabajo de 15-4-69, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el régimen general de la Seguridad Social y en la cual se establece la denominada *excepción por dolo específico o mala fe e intencionalidad por parte del sujeto protegido* hasta el punto de que sí la lesión es provocada consciente y voluntariamente sin intervención de otros factores ajenos concurrente, sino resultado exclusivo de la conducta del empleado, se deniega, anula o suspende la prestación por invalidez y por consiguiente la calificación de ésta como contingencia protegida».

Ciertamente la jurisprudencia posterior rectifica dichos pronunciamientos, si bien, y esto es importante señalarlo, con criterios extraordinariamente restrictivos en la

calificación de las secuelas derivadas de la ingesta de alcohol u otras sustancias estupefacientes, así *no constituye incapacidad permanente de clase alguno*, es decir el trabajador a juicio del Tribunal Supremo se encuentra incapacitado para el ejercicio de todo tipo de trabajo, para seguir desarrollando su profesión habitual «el pintor con categoría de peón que padece convulsiones tónica-clónicas en relación con la ingesta de alcohol», Sentencia del Tribunal Supremo de 18-2-89, manifiesta; «los temblores de las extremidades, dejando las alteraciones de carácter de la persona que los padece, *determinan la imposibilidad de realizar las labores inherentes a un peón, dado que a éste son exigibles desplazamientos, permanencia de pie casi continuada y ciertos esfuerzos físicos, incompatibles por su propia naturaleza con la inestabilidad que determina dicha patología*».

Otorgada por el Juzgado de lo Social al actor —rozador de minas— incapacidad absoluta por padecer crisis de encefalopatía alcohólica y síndrome demencial residual, en su Sentencia de 5 de febrero de 1987 el Tribunal Supremo estima que «las crisis de encefalopatía alcohólica y síndrome demencial residual sin indicación alguna de las frecuencias de dichas crisis y de que no puede ser puesto en cura su alcoholismo *no son suficientes para concluir que impiden toda tarea, la Sala en Sentencia de 21-6-85, en supuesto análogo al de autos, así lo señala, en un caso de alcoholismo con afectación pancreática y polineurítica que le producen desorientación, falta de memoria y alucinaciones auditivas derivadas de una afectación encefalopática*».

Tampoco alcanza el grado de incapacidad absoluta para todo tipo de trabajo tal y como al Juzgado de Instancia lo había declarado «el albañil con diagnóstico de hepatitis crónica agresiva, antecedentes de toxicomanía, si bien desde hace unos meses no tiene contacto con la heroína, malestar general, anorexia y febrícula».

A destacar el inicio de una línea minoritaria, que considera insuficiente la invocación de precedentes en razón de la consideración individualizada que cada caso requiere, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16-2-89 que argumenta «en el peón de 44 años de edad —*el etilismo crónico produce desorientación temporal-espacial y dificultad de memoria, amén de la anorexia que es consecuencia a cualquier grave intoxicación; y los informes detallan lo irreversible de tal situación y otras circunstancias (crisis de delirium tremens que hicieron necesario repetidos internamientos). Todo ello determina que quien tiene así afectada su personalidad —el actor nació en 1942 y su etilismo data desde los dieciocho años de edad— no puede asumir con el mas estrictamente mínimo de posibilidades trabajo alguno*».

### III. LOS SINDICATOS FRENTE A LA DROGODEPENDENCIA

#### Planes de empresas, Ensidesa, Renfe De la Comunidad Autónoma de Madrid. Plan Regional sobre Drogas

CC.OO. organizó en el año 1991, las «I Jornadas Internacionales sobre intervención sindical en drogodependencias», en las que entre otros aspectos, se analizó la actitud de las empresas españolas cara al consumo de alcohol y drogas por parte de sus trabajadores, realizándose una encuesta en 325 empresas españolas, que por su importancia en cuanto dato de primera mano y pionero en la materia se ha realizado en España, en la dirección de la empresa, en el servicio médico empresarial y en la representación sindical; en cuanto a la dirección de empresa solamente el 33 % de las mismas se ha planteado en alguna ocasión el tema alcohol-drogas y siempre en rela-

ción con algún caso individual de algún trabajador, cuyos detonantes principales siempre resultaron ser el absentismo y el bajo rendimiento y sí bien el 78 % de las direcciones empresariales declararon preferir formas de rehabilitación y prevención el 79 % consideran justo y adecuado el art. 54.2 f) del Estatuto de los Trabajadores, embriaguez habitual y toxicomanía como causa de despido, siendo preferible al despido para el 78 % la baja laboral por enfermedad.

El despido se ha llevado a cabo en el 1'03 de los casos de alcoholismo y en el 10'85 % en los casos relacionados con otras drogas, por último se señala que el 43 % de las direcciones de las empresas encuestadas estaría dispuesta a contratar a una persona exalcohólica y el 38 % en el caso de exdrogodependientes.

Solamente el 22 % de las representaciones sindicales de los trabajadores se han planteado el problema del alcohol y de las drogas, en general el problema del consumo de drogas permanece oculto, tal vez derivado de la existencia de medidas disciplinarias, de despido, previstas para el consumo.

En algunas grandes empresas españolas se han organizado Planes de empresas en relación con el alcoholismo, así en Ensidesa, Renfe, dichos planes se han plasmado o bien en el Convenio colectivo o bien en diversos acuerdos para actuaciones preventivas y de tratamientos a los trabajadores entre la representación sindical de los mismos, el servicio médico de empresa y la dirección de ésta.

En cuanto a la Comunidad Autónoma de Madrid, el Plan Regional sobre drogas, de prevención al consumo de drogas en el ámbito laboral, dirigida a empresas en la Comunidad Autónoma data de 1989, y fue ampliado para los años 1990-91.

# LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS Y LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA

Comisión de Derecho Laboral

Aún cuando los artículos 22, 23 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1948 y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de Diciembre de 1966, reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, la Ley Orgánica 7/1985, que es la norma básica que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España, no hace alusión alguna al derecho de éstos a la Seguridad Social, y únicamente el artículo 50 del Reglamento 1.119/1986, de 26 de Mayo, en su número 3 al especificar la documentación necesaria para la concesión del permiso de trabajo se refiere a los documentos «que prueben el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social que incumben al solicitante», lo que parece un reconocimiento implícito, en principio, del derecho de los extranjeros a los beneficios de la Seguridad Social.

Dada la inexistencia —con la salvedad del aludido precepto— de regulación de la materia de Seguridad Social en la normativa específica sobre extranjeros, hay que acudir a la Ley General de la Seguridad Social, y más en concreto al artículo 7, apartado 4 del mismo, del cual se desprende que la situación con respecto a la Seguridad Social del extranjero en España, responde a los siguientes criterios:

- a) «Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos, que residen y se encuentren legalmente en territorio español, se equiparan a los españoles», equiparación absoluta. También se equiparan a los españoles, los extranjeros acogidos al Estatuto de los Refugiados, adoptado por la Convención Internacional de 28 de julio de 1951, con algunas diferencias según su artículo 24.
- b) Para el resto de los extranjeros, la Ley General de la Seguridad Social se remite a los acuerdos internacionales o convenios suscritos por España. Con carácter general, el artículo 6 del Convenio n.º 97 de la Organización Internacional del Trabajo sobre trabajadores migrantes, dispone, que los emigrantes tienen derecho, en materia de Seguridad Social, a un trato no menos favorable del que se aplique a los nacionales del país de que se trate. Equiparación pues, absoluta como la anterior, en virtud del principio de igualdad de trato, de la que no obstante la Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968, excluyó a los trabajadores por cuenta propia o autónoma, trabajadores fronterizos, artistas que se encuentren por corto período de tiempo en territorio español y trabajadores del mar.
- c) En general, con respecto a nacionales de otros países no comprendidos en ninguno de los dos apartados anteriores, la regla consiste en el principio de reciprocidad, tanto tácita como expresamente reconocida. A destacar, que la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de diciembre de 1992, puso de manifiesto que es la Tesorería General de la Seguridad Social a la que incumbe la carga de la prueba de la inexistencia de convenio y falta de reciprocidad expresa o tácita. Por otra parte, es de señalar que la reciprocidad, para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, se presume con presunción «iuris et de iure»,

en aplicación del Convenio n.º 19 de la Organización Internacional de Trabajo relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo, y el artículo 1.4 b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966. Esta reciprocidad, igualmente se presume con respecto a la asistencia sanitaria por maternidad de las trabajadoras extranjeras, según dispone el 14.1 e) del Reglamento de Asistencia Sanitaria, aprobado por Decreto 2.766/1967, de 16 de noviembre.

De lo expuesto hasta aquí, se desprende ya que, en principio, el trabajador extranjero está equiparado al nacional por lo que respecta la Seguridad Social. Efectivamente, el extranjero trabajador por cuenta ajena, afiliado, en alta y cotizante al Sistema de la Seguridad Social Española, cuando surge la contingencia protegida, reunidos los requisitos legalmente establecidos, tiene derecho a la prestación correspondiente a la situación protegida, al igual que el nacional y en las mismas condiciones que éste.

El problema estriba en que la Seguridad Social contributiva —más adelante nos referiremos a la no contributiva— está indisolublemente unida a una actividad laboral, que es precisamente la que da lugar a la inclusión del trabajador dentro del campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social. Y para poder validamente trabajar en España, bien sea por cuenta ajena o por cuenta propia, tanto la ya citada Ley 7/1985, como su también mencionado Reglamento de 26 de Mayo de 1986, exigen, con carácter general y con muy pocas excepciones, la previa concesión de los permisos de trabajo y residencia, cuya problemática ya se ha tratado en el epígrafe correspondiente. Solamente en el caso de su concesión es posible la afiliación y/o alta en la Seguridad Social, exigiéndose por la Tesorería de Seguridad Social, al tramitar el alta en el Régimen correspondiente en función de la actividad, junto con la documentación general, la presentación del oportuno Permiso de trabajo o notificación de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social por la que se comunica la concesión del mismo, siendo los efectos del alta en el Régimen de Seguridad Social, si así lo desea —según Circular de la Tesorería de 11 de Junio de 1990, y al objeto de facilitar la integración del extranjero al puesto de trabajo solicitado—, desde la fecha de notificación de la concesión del permiso por la Autoridad Laboral, con independencia que conforme a la normativa aplicable, deba obtenerse en su momento la correspondiente resolución administrativa de la concesión con su documento unificado de Tarjeta de Permiso de Trabajo y Residencia. Cabe destacar, que una vez caducado el correspondiente Permiso de Trabajo el extranjero está obligado, si desea continuar la prestación de servicios a solicitar la renovación del permiso con una antelación mínima de un mes a la fecha de vencimiento; en este caso la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social le entrega el correspondiente resguardo que surtirá los mismos efectos de éste mientras no se resuelva el expediente, y en su consecuencia, puede por lo tanto seguir de alta en la Seguridad Social, todo ello de acuerdo con el artículo 48 del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/85.

## ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

Para estas contingencias, como ya se ha señalado anteriormente, la reciprocidad se presume «*iuris et de iure*» en virtud del Convenio n.º 19 de la O.I.T. y artículo 1.4.b) del Reglamento sobre campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación

del Régimen General de la Seguridad Social, tal como ya establecía el Texto Refundido de la Legislación de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956, derogado, pero aplicado en forma indicativa por la jurisprudencia. De ahí, que el trabajador extranjero, no afiliado ni en alta en la Seguridad Social y aún sin haber solicitado siquiera los permisos de trabajo y residencia, tenga derecho a cualesquiera de las prestaciones que puedan derivarse de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, como ya la doctrina sentada en suplicación por el Tribunal Central de Trabajo vino señalando de antiguo (SS. de 30 de abril y 2 de noviembre de 1976, 26 de octubre de 1983, 20 de marzo de 1985 y 28 de octubre de 1986, entre otras) y reiteran las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia (S. de Canarias/las Palmas de 17 de diciembre de 1991).

## DESEMPLEO

La aplicación al trabajador extranjero de la normativa que regula la protección por desempleo es con toda probabilidad la que ha comportado —y sigue conllevando— mayor litigiosidad, coexistiendo fallos contradictorios de los Tribunales de Justicia. El Instituto Nacional de Empleo, en interpretación de la expresión «...quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierden su empleo» a la que hace referencia el artículo 1º de la Ley 31/1982, de 2 de Agosto, de Protección por Desempleo —que en ningún precepto alude al trabajador extranjero—, exige a este, para reconocerle el derecho al percibo de la prestación por Desempleo, estar en posesión en el momento de la solicitud de la prestación de los permisos de trabajo y residencia, interpretación que avalan algunos pronunciamientos de las Salas de los Social de los Tribunales Superiores de Justicia (SS. de Cataluña de 14 de febrero de 1992 y de Madrid de 7 de Enero de 1993). Frente a esta interpretación de la exigencia del permiso de trabajo para la concesión de la prestación por desempleo —absurda desde nuestro punto de vista, pues si para obtener un nuevo permiso de trabajo precisa de un contrato de trabajo es obvio que nunca tendrá derecho a prestaciones de desempleo, al ser éstas incompatibles con el empleo— otros pronunciamientos judiciales (SS. de los Tribunales Superiores de Baleares de 13 de febrero de 1991 y de Cataluña de 22 de enero de 1992), han señalado que basta con el permiso de residencia para tener derecho a la prestación de desempleo.

## CONCLUSION

En puridad no puede decirse que la relación del trabajador extranjero con la Seguridad Social Española, y en concreto con su nivel contributivo, comporte una problemática propia, sino que cualesquiera problema deriva de la incapacidad legal para trabajar del extranjero si con carácter previo no obtiene los permisos de trabajo y residencia. De resolverse esta cuestión por la vía expuesta en el epígrafe anterior referido a «el trabajo irregular de los extranjeros», su derecho a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social le será reconocido en iguales condiciones que a los nacionales como ya se dijo anteriormente.

## LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS

Como es sabido, la Ley 26/1990, de 20 de Diciembre, ha introducido en nuestro Sistema de Seguridad Social un nivel no contributivo de prestaciones económicas, que comprende prestación de jubilación, prestación por invalidez y prestación familiar por hijo a cargo. Contrariamente a las prestaciones contributivas, aquí no se exige cotización alguna —que se sustituye por residencia— ni siquiera afiliación puesto que la inclusión del sujeto en el campo de aplicación produce efectos directos. Con relación a estas prestaciones, el artículo 7.2 bis de la Ley General de la Seguridad Social establece que se dispensarán a «todos los españoles residentes en territorio nacional». En lo que se refiere al requisito de la nacionalidad, opina GONZALEZ ORTEGA, que aunque pudiera pensarse que ser español constituye una condición indispensable para la obtención de las prestaciones no contributivas, ello debe ser rechazado por dos razones. La primera y más importante, porque también respecto de estas prestaciones debe entenderse vigente lo establecido en el apartado 4 del artículo 7, siendo de aplicación todo lo dicho con relación a los extranjeros residentes en España al tratar de las prestaciones de nivel profesional. Y en segundo lugar, porque ninguno de los artículos que establecen, en concreto, los requisitos para tener derecho a las prestaciones no contributivas se refieren a la condición de nacional para obtenerlas. Siguiendo pues la tesis de este autor, resulta, que también los extranjeros puede llegar a ser beneficiarios de estas prestaciones, siempre que cumplan los requisitos generales de residencia y carencia de recursos, y las demás condiciones particulares de cada prestación.

# DISCRIMINACION LABORAL POR CAUSA DE SEXO : DERECHO Y REALIDAD SOCIAL

Comisión de Derecho Laboral

## 1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 229/1992

La reciente sentencia del T. C. 229/1992, de 14 de diciembre<sup>1</sup>, ha venido a poner de renovada actualidad un tema sobre el que parecía que ya no podría decirse nada jurídicamente relevante. Salvo, naturalmente, otorgar el amparo solicitado por la recurrente contra la sentencia de la Magistratura de Trabajo n.º 2 de Oviedo de 21-10-87 y su confirmatoria de la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid de 11-7-89, que desestimaron la demanda en que aquella pretendía ser contratada como ayudante minero ( de interior de mina) en Hunosa<sup>2</sup>. El hecho probado básico es que la actora solicitó una de las 900 plazas de dicha categoría convocadas por la empresa y que, tras haber sido declarada apta para su desempeño por los servicios médicos de empresa y por el Instituto Nacional de Silicosis, todas las plazas fueron adjudicadas a hombres. En suma le fue denegado el empleo por ser mujer, con fundamento en diversos preceptos nacionales e internacionales que prohíben el trabajo de las mujeres en el interior de las minas.

La idea central de la fundamentación jurídica constitucional, es la particular reserva con que han de ser hoy examinadas las medidas prohibitivas del trabajo de las mujeres en determinadas actividades porque la evolución social y la mejora de las condiciones de trabajo conducen a que ya no respondan a su histórica finalidad protectora, sino a una decisión sexista del trabajo. ES razón derivada del prejuicio correspondiente al estereotipo atributivo de mayor fortaleza física del hombre que a la mujer: las condiciones de fuerza y salud para trabajos de especial dureza son exigibles por igual a ambos, de modo que, superadas las pruebas físicas y médicas por la mujer, el acceso al empleo le es negado por su condición de tal y no por su insuficiencia biológica. Entre los fundamentos normativos añadidos al art. 14 C.E. tal vez merezca destacarse que el art. 8.4-b) de la Carta Social Europea de 1961 (ratificada por España en 1980), que obliga a los Estados firmantes a prohibir el empleo femenino en trabajos subterráneos de minería, como lo hiciera antes el Convenio 45 de la O.I.T. de 1935 (suscrito por España en 1958), ha dejado de tener efectos para España a partir del 5-6-91, tras la denuncia formulada en 6 de mayo por el Gobierno. Por último, interesa a los efectos de nuestro análisis que el Tribunal Constitucional considere que no son contrarias a la Constitución las disposiciones que tiendan a la tutela de la mujer en relación con el embarazo o la maternidad.

---

<sup>1</sup> Publicada en el B.O.E. de 19-1-93. Puede verse también, entre otras revistas especializadas, en Actualidad Laboral, n.º 25/1993.

<sup>2</sup> La sentencia de la Magistratura de Trabajo 2 de Oviedo puede verse en Actualidad Laboral, raf. 91 del tomo, o 1/1988. Ya antes había sido dictada otra sentencia sobre igual asunto y con idéntico signo decisorio por la Magistratura n.º 3 de Oviedo, con fecha 20-10-86.



## 2. NORMATIVA GENERAL Y LINEAS APLICATIVAS ESENCIALES

Normativamente, en nuestro ordenamiento no hay que decir más que lo que ya se encuentra establecido en materia de igualdad laboral por razón de sexo. Si acaso menos, a salvo alguna matización, porque la Constitución menciona dos veces el sexo como causa de discriminación ilícita (art. 14 con carácter general junto a las demás circunstancias personales y sociales, y art. 35.1, aisladamente, a efectos laborales), el E.T. tres veces ( art. 17.1, como el 14 Const., y aisladamente en los arts. 24.2 y 28, a los respectivos efectos de categorías profesionales y ascensos y de salarios) y la L.P.L. dos veces y con carácter aislado de toda otra circunstancia discriminatoria, en los arts. 95.3 y 96, sin razón que justifique este tratamiento<sup>3</sup>.

Tres son los aspectos contractuales laborales en que esencialmente opera el principio de no discriminación por causa del sexo: el acceso al empleo, la promoción profesional y la remuneración. A cada uno de ellos corresponden, respectivamente los tres preceptos citados del E.T.

Al supuesto paradigmático de acceso al empleo por la sentencia del Tribunal Constitucional 229/1992, comentada, cabe añadir la alusión, en cuanto más relevantes al respecto, de las numerosas que se han ocupado de la reincorporación al trabajo de aquellas trabajadoras que habían sido declaradas en situación de excedencia forzosa en virtud de algunas aberrantes normas reglamentarias sectoriales que imponían a la mujer que contrajese matrimonio y en tanto no adquiriese la curiosa condición de «cabeza de familia»<sup>4</sup>. También merece mención la sentencia 216/1991, de 14 de noviembre, que estima recurso de amparo para permitir el ingreso de la mujer en las Fuerzas Armadas.

En materia de clasificación profesional y salarios tiene relevante interés la sentencia 145/1991, de 1 de julio: es nula la diferenciación convencional colectiva (Convenio Colectivo del Hospital Provincial de Madrid) entre «limpiadoras» y «peones», con asignación de retribución inferior a aquéllas que a éstos. La propia denominación es discriminatoria, y así lo hace notar el T. Constitucional, pero la discriminación subsistiría aunque hubieran utilizado las adecuadas expresiones neutras, porque la diversidad de salarios constituiría así una «discriminación indirecta», asentada sobre una mera distinción nominal de categorías, ya que la «igualdad salarial a identidad de trabajos» es una formulación inicial que ha pasado a la más amplia referida a «trabajos de igual valor»<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Art. 95.3 L.P.L.: Si se suscita discriminación por sexo puede recabarse judicialmente el dictamen de los organismos públicos competentes. No hacía falta que lo dijera la Ley, y, además, tal dictamen puede requerirse en todo otro caso en que el órgano judicial lo estime necesario, sea o no de discriminación y, dentro de ésta, por cualquier causa. Art. 96: Si aparecen indicios de discriminación por sexo, corresponde al demandado la justificación de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. En suma, inversión de la carga de prueba, con especial exigencia. Pero es que ello es así aunque la causa de la discriminación no sea el sexo.

<sup>4</sup> Sentencias Tribunal Constitucional, de 14 de febrero; 8/1983, de 18 de febrero; 13/1983, de 23 de febrero; 15/1983, de 4 de marzo; 86/1983, de 26 de octubre; 58/1984, de 9 de mayo; 33/1986, de 21 de febrero, etc. Incluso una tan reciente como de 1-3-93. Se ha suscitado un grave problema de prescripción, subsistente en acciones que aún se ejercitan, y que determinó un interesante voto particular formulado en la primera de las sentencias citadas, adverso a la prescriptibilidad de tales acciones, pero aceptado tal criterio en la reciente sentencia.

<sup>5</sup> Esta interesante sentencia del T. Constitucional 145/91, fue publicada en el B.O.E. del 27-7-91 y puede verse también, por ejemplo, en Actualidad Laboral tomo 1/1992, ref. 101.

Tal es la matización que requiere el art. 28 E. T.: no se cumple la igualdad retributiva entre sexos sólo pagando el mismo salario —base y complementos, obviamente— por la realización de trabajos iguales, sino por trabajos de igual valor. Esta importante puntualización tiene origen en el Convenio n.º 100 de la O.I.T., de 23-3-53, (ratificado en 1967) y en la Directiva del Consejo de C. E. 75/177, como hace constar la fundamentación de la sentencia<sup>6</sup>.

### 3. LA REALIDAD SOCIAL Y LA JURISPRUDENCIA

Situación bien distinta de la normativa es la que ofrece la realidad socio-laboral, desde perspectiva meramente jurisprudencial estadística, por ahora. Comisiones Obreras de la Comunidad Valenciana ha realizado un estudio sobre «Discriminación laboral de la mujer», dirigido por Pilar Alcolea, que ha utilizado para ello 719 sentencias de entre 1980 y 1992 de los diversos Tribunales: 34 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 50 del Tribunal Constitucional, 63 del Tribunal Supremo, 117 de los Tribunales Superiores de Justicia y 439 del extinguido Tribunal Central de Trabajo<sup>7</sup>.

En efecto basta leer los índices de las colecciones o repertorios de sentencias de cualesquiera Tribunales cuya competencia alcance a estas materias para constatar la cuantiosa tarea jurisprudencial que ocupan. Y no sólo en España, sino también en la «avanzada» Europa comunitaria, dados los casos que vienen planteándose ante el T.J.C.E.<sup>8</sup> Tal vez menos en España, porque el Tribunal Luxemburgo enjuicia también incumplimientos normativos internos de los Estados miembros, y no sólo aplicativos a supuestos individuales, y ya hemos visto que nuestro ordenamiento tiene poco que tomar del supranacional en la materia.

Pero lo que importa aquí y ahora es que la litigiosidad suscitada es reveladora —y además sólo como «punta de iceberg»— de una asidua discriminación socio-laboral efectiva por causa del sexo.

Volveremos luego sobre esta cuestión para contemplar antes la realidad social,

<sup>6</sup> Un estudio sobre esta evolución del principio de igualdad retributiva en «Actualidad y Derecho - Revista semanal de Actualidad jurídica», n.º 23/1992, del 8/14-6-92: «El principio de igualdad de retribución en el Tratado de la Unión Europea (T.U.E.), Maastrich, 1991», de Beatriz Quintanilla Navarro.

<sup>7</sup> Esta referencia está tomada de la Revista Actualidad Jurídica Aranzadi n.º 85, del 21-12-92. Hemos constatado la existencia del trabajo y su retención en la imprenta por ineffectividad de la financiación que, al parecer, había ofrecido la Generalitat de la Comunidad Valenciana. Así que no hemos podido conseguir un ejemplar.

<sup>8</sup> Tan sólo en el reciente año 1990, podemos encontrar, entre otras, las siguientes sentencias del T.J.C.E. sobre discriminación laboral por causa del sexo: de 17-5-90 (caso Barber), sobre ilícito establecimiento de edades distintas entre hombres y mujeres a efectos de jubilación anticipada indemnizable, superior para los hombres, en Gran Bretaña. De 27-6-90 (caso Maria Kowalska), sobre ilicitud de la discriminación indirecta que dimana de una indemnización establecida en la Administración Pública de la R.F. de Alemania al jubilarse los trabajadores con régimen de jornada completa, pero no los que hubieran trabajado a tiempo parcial, dándose la relevante circunstancia de que los de este último régimen son mujeres en la proporción del 90,2 %. De 12-7-90 (caso Foster), sobre tema de similar origen jurídico que el de la primera sentencia citada (17-5-90), pero en opuesto sentido: ante la jubilación forzosa e dad inferior a la prevista para los hombres, las trabajadoras demandantes tienen derecho a continuar en activo hasta igual edad (Gran Bretaña). De 8-11-90, (caso Dekker), sobre ilegalidad y sanción de la negativa a contratar a una mujer encinta en Holanda. De igual fecha (caso B. Vibeke): el Derecho comunitario derivado (art. 5 de la Directiva 76/207 del Consejo), no impide que pueda despedirse a una trabajadora por ausencias que sean consecuentes a enfermedad causada por el embarazo o el parto.

desde otro punto de vista, como elemento jurídicamente relevante en la justificación de alguna diferencias de trato laboral en favor de las mujeres para compensar su efectiva mayor dificultad de empleo en determinadas circunstancias. El supuesto más directamente enjuiciado en tal sentido del T. Constitucional, de 25-3-93, que utiliza razonamientos ya obrantes en otras anteriores, como la 128/1987, que expresamente cita: el art. 37.4 del E. T., en su redacción anterior a la modificada por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, que circunscribía a «las trabajadoras» el derecho a una hora de ausencia al trabajo «por lactancia de un hijo menor de nueve meses», no es inconstitucional porque «a efectos laborales la diferencia entre hombres y mujeres con hijos de corta edad no es únicamente de sexo», ya que «existe una innegable mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para reincorporarse al trabajo o permanecer en él», por lo que «en tanto esa realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en clara situación de desigualdad social...».

La sentencia citada, 128/1987, es de fecha 16-7-87 y se refiere a la pretensión de personal masculino al Insalud sobre cantidad abonada al femenino en concepto de guardería infantil. Tal pretensión no merece amparo porque, por las razones expuestas, la diferencia de trato impugnada no es discriminatoria para los hombres, ya que responde a situaciones efectivamente distintas.

Más difusa es la fundamentación de la sentencia 28/1992, de 9 de marzo, que llega a igual decisión sobre la compensación económica del transporte nocturno a las mujeres y no a los hombres, por parte de la Compañía Telefónica. Se elude en este caso la mención directa de la influyente realidad social, pero en definitiva, el T. Constitucional asume la razón en que se asienta la sentencia del orden social («el mayor riesgo o conciencia de inseguridad de la mujer respecto del hombre durante la noche, ante la posibilidad de un ataque, lo cual le induciría a tener que utilizar medios de transportes más seguros —y más caros— que los que podría utilizar durante el día») y opta por una calificación equivalente a la del restablecimiento legítimo de un efectivo desequilibrio social entre el hombre y la mujer para «una medida tendente a compensar una desigualdad de partida y que trata de lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento del empleo de la mujer en relación al varón».

Pero no estamos aquí en el caso de emular estudios doctrinales jurídicos, sino en el de efectuar el análisis a que responde el propósito expresado en el título y llegar a nuestras conclusiones. Bastan a ello las premisas ya esbozadas, en la que sólo resta dar nota de algunos de aquellos estudios<sup>9</sup>.

#### 4. CONSIDERACIONES SOCIOLOGICAS DE SIGNIFICACION JURIDICA

Seguramente deber ser primera consideración de todas la subconsciente referencia primaria a las mujeres cuando se habla de discriminación por causa de sexo. En

<sup>9</sup> El número monográfico de la Revista Relaciones Laborales - la Ley, 3-4-2/93, dedicado a «Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación del trabajo» publica el editorial sobre el tema de Miguel Rodríguez-Piñero y los artículos de M.ª Fernanda Fernández López, Mariam Ballester, M.ª Victoria Ballester y Salvador del Rey Guanter, además de relaciones jurisprudencial y bibliográfica.

En Actualidad Laboral, Tomo 1/88, refs. 292 y 317: M.ª Carmen Ortiz Lallana, «Igualdad de trato por razón de sexo: un estudio especial».

expresión de Amelia Valcárcel<sup>10</sup>, sociológicamente hoy, todavía, sexo viene a ser solamente el femenino porque se dio siempre por supuesto, y se sigue dando, que el hombre no es el sexo, sino el arquetipo natural abstraído de esa referencia. Claro que no es así, ni en el orden jurídico ni el de la común reflexión extrajurídica. Pero es indispensable, y en todo caso será indefectible, un cambio radical, incluso en el ámbito íntimo de lo irreflexivo, de la mentalidad a la que corresponden estas observaciones, no ya como método coadyuvante del cambio social, también radical e indefectible, apenas iniciado y en que la mujer es protagonista, sino sencillamente para adaptarse al mismo.

Volviendo a nuestro mundillo jurídico, el T. Constitucional ha tenido numerosas ocasiones de resolver cuestiones en que la discriminación por sexo ha sido invocada por hombres. También el T.J.C.E., según fue objeto de la nota 8. No pocas de aquellas con éxito, por cierto. Así: la sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, reconoce el derecho de los A.T.S. masculinos respecto de los femeninos en cuanto al devengo de la retribución por horas extraordinarias, cuyo criterio es reiterado en posterior sentencia. La 103/1983, de 22 de noviembre, también seguida de otras, declara la inconstitucionalidad del art. 160.2 de la L.G.S.S., en cuanto exige mayores requisitos a los hombres que a las mujeres para acceder a la prestación de viudedad. Y no sólo en el Sistema de Seguridad Social, sino también en el extinguido SOVI, según la sentencia 253/1988, de 20 de diciembre. La 207/1987, de 22 de diciembre asigna a los auxiliares de vuelo masculinos de Iberia el derecho de retiro anticipado entre los 35 y los 40 años, por igualdad con las mujeres del mismo cometido profesional<sup>11</sup>. No fueron amparadas, en cambio, las ya expuestas pretensiones de igualdad del personal masculino en materias de compensación por guardería infantil en el Insalud, de ausencia de una hora al trabajo por hijo menor de nueve meses en la originaria redacción del art. 37.4 del E.T. y de compensación por transporte nocturno en la Telefónica.

Parece obvio que los síntomas del profundo cambio social que se avecina se detectan bien en la Universidad y en las profesiones a las que desde ellas se accede. Incluso que tal cambio se prepara en gran medida desde ese ámbito. Por ceñir nuestros datos estadísticos al jurídico en que nos movemos, podrán servir de muestra los siguientes: la última promoción de la Facultad de Derecho de Cantabria, cuenta con un 62 % de mujeres; en 1992 se colegiaron como Procuradores de los Tribunales en Madrid 67 mujeres y 28 hombres; el número de mujeres que obtuvieron nombramiento de Fiscales en la última promoción (1992-93) supera al de hombres en proporción de más de tres a uno<sup>12</sup>.

De aquí que el trabajo de las mujeres, desde siempre cuantitativamente equiparable al de los hombres, va a serlo, está siéndolo ya, también cualitativamente. Oficios que admiten con dificultad su denominación en género masculino (limpiadora, niñera, enfermera, matrona) contrastan así con los más que el uso léxico común es resistente todavía al femenino (abogado, médico, magistrado, ministro)<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Ponencia en el Curso del C.G.P.J. celebrado los días 30 de noviembre al 4 de diciembre, sobre «La crisis del Derecho y sus alternativas».

<sup>11</sup> Relación tomada del mencionado número monográfico de la Revista Relaciones Laborales - La Ley (9).

<sup>12</sup> Los dos primeros datos están tomados, respectivamente, del discurso pronunciado por el Decano de la Facultad en la clausura del curso académico 1992-93 y de la Revista del Consejo General de Procuradores n.º 29. El tercer dato es constatable en el B.O.E.

<sup>13</sup> El Diccionario de la Real Academia continúa definiendo en explícito género masculino y con términos

La ocupación de los altos, y aún medios, cargos y cometidos profesionales rectores del país y/o de la sociedad no se corresponderá en breve. Las firmantes de un artículo que publicó «El País» el 26-4-93 bajo el título «El voto de las mujeres», con redacción de Ana María Ruiz Tagle<sup>14</sup>, consideraban que la «convocatoria electoral del 6 de Junio debería reflejar una mayor presencia participativa de las mujeres en los órganos de representación y decisiones políticas, acorde con los avances conseguidos en áreas como las de la familia, la educación, la salud o el trabajo». Hacen notar que la declaración suscrita en Atenas en noviembre de 1992, durante la celebración de la Primera Cumbre Europea de Mujeres en el Poder, destaca, como punto de partida, un nuevo planteamiento de participación política de las mujeres y consolidó el término «democracia paritaria», que «la participación de mujeres y de hombres en puestos de representación política no fuese superior a un 60 % ni inferior a un 40 %». Y añaden que «la escasa presencia de las mujeres en los centros de representación política y en el proceso de toma de decisiones implica un déficit democrático incompatible con una verdadera democracia». Pero, como decía Cristina Alberdi por las mismas fechas, en el Congreso de los Diputados, donde hay ahora tan pocas mujeres, el número de estas superará al de hombres dentro de una generación, sino antes<sup>15</sup>. Lo que no añadió es que el tiempo de dos generaciones más podrá ser bastante para que resulte difícil llenar los escaños, al menos con gentes de las etnias que hoy los pueblan, porque la dedicación de las mujeres a profesiones de alto nivel es uno más de entre los factores de agenesia progresivamente operantes.

La conveniencia de conservar el género humano, o de alguna de sus variedades étnicas, es individualmente cuestionable. Como decisión colectiva, tal objetivo, caso de opción afirmativa, es claro que no justifica el medio fundamental a través del cual ha venido siendo obtenido hasta ahora, en cuanto traducido en una alienación de la mujer.

Atribuir a aquel justo acceso de las mujeres a toda clase de profesiones el carácter de con causa de alteración, sino ruptura, del concepto actualmente imperante de la familia es una especulación bastante menos arriesgada. «Hay que redefinir la familia», escribía, precisamente por ello, Gertrude Mongella, secretaria de la IV Conferencia Mundial de la Mujer, en el mismo ejemplar de «El País» antes citado<sup>16</sup>.

En suma, pues, la igualdad socio-jurídica entre sexos ha de ser, razonablemente, motor primordial del provenir de la humanidad. El análisis del cambio y de sus efectos, para la adaptación a éstos, es tarea abordable desde perspectivas política, jurídica y filosófica. Ha escrito recientemente Ana Rubio<sup>17</sup>, con acreditado conocimiento de lo que es el denominado «feminismo de la diferencia», la síntesis de una idea in-

---

de tal inequívoco carácter las palabras Fiscal y Magistrado, por ejemplo. El periódico diario «El Mundo» publicó un ameno reportaje sobre «Sexismo lingüístico» en su ejemplar del 4-9-93.

<sup>14</sup> Suscriben el artículo: Cristina Alberdi, Carlota Bustel..., hasta un total de 19 relevantes nombres.

<sup>15</sup> También en el Parlamento británico hay muy pocas mujeres, como hizo notar Gwineth Pitt, profesora de la Universidad de Leeds, en su ponencia del curso del C.G.P.J mencionada en la nota 10. Y por cierto, con discriminación léxica para las también pocas mujeres que hay en la Cámara de Apelación, donde los jueces tienen el título de Lores, sin femenino destinado a aquéllas, lo que obvia a su utilización del título, que es estrictamente masculino.

<sup>16</sup> Gertrude Mongella representaba a su país, Tanzania, en la India cuando, en diciembre de 1992 fue elegida secretaria general de la IV Conferencia Mundial de la Mujer, convocada por la O.N.U. para mayo de 1995 en Pekín.

<sup>17</sup> Ana Rubio: «La paz: aportaciones del discurso feminista», en el n.º 13, 2/1991, de la Revista «Jueces para la Democracia», pág. 31.

tegrante de esta teoría que es aquí merecedora de cita literal: «El olvido del ámbito doméstico en la teoría política moderna no es un error o una omisión, es una decisión funcional y esencial para hacer posible la negación de subjetividad a la mujer. Hacer frente seriamente a esta invisibilidad, a este vacío, obliga a revisar y superar la separación entre lo público y lo privado. Hacer frente seriamente a las situaciones de discriminación entre hombres y mujeres obliga, pues, a una crítica radical de los presupuestos del orden social y político actual, al tiempo que demanda un nuevo modelo, una alternativa. Esta es la razón de que ningún partido en la actualidad afronte seriamente los problemas de la discriminación, porque no pueden ser resueltos añadiendo simples apéndices a los programas existentes, no bastan medidas legales o políticas para transformar la situación».

Queda así expresada la conclusión genérica y de largo alcance. Específica y más modesta será la tarea judicial que recaban las actitudes reaccionarias rebeldes al ordenamiento jurídico en la materia y al devenir de la conjunta realidad social. También la de potenciar la actuación en tal sentido de los poderes públicos, en general, y de la Inspección de Trabajo, en particular, por lo que respecta al ámbito laboral.

# PROCEDENCIA DEL PAGO DE LAS INDEMNIZACIONES LEGALES A LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS SIN PERMISO DE TRABAJO EN SUPUESTOS DE DESPIDO NULO O IMPROCEDENTE

Virginia GARCIA ALARCON

En primer lugar conviene recordar la normativa aplicable para la obtención del permiso de trabajo por los extranjeros:

PRIMERO. El artículo 15 de la Ley Orgánica de 1/Julio/1985, nº 7/85, establece en su apartado 1 que *«Los extranjeros que deseen fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, que expide el Ministerio del Interior, el permiso de trabajo cuyo otorgamiento corresponderá al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y que tendrá una duración máxima de cinco años»*, determinando el apartado 2 del mismo artículo que ambos permisos serán de idéntica duración y se expedirán en un documento unificado.

SEGUNDO. El art. 17 de la misma ley establece en su apartado 1 que *«La concesión del permiso de trabajo quedará condicionada, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, a que el solicitante presente contrato de trabajo por escrito o justifique documentalmente el compromiso formal de colocación por parte de la empresa que pretenda emplearlo»*.

TERCERO. El art. 44 del R.D. 1119/86 de 26/mayo que aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/85 de 1/julio/1985, establece en su apartado 1.ª la obligación del empresario o patrono que pretende emplear al extranjero, de presentar la solicitud de permiso de trabajo, conjuntamente con la del correspondiente permiso de residencia.

Tal normativa claramente obliga al empresario a solicitar el permiso de trabajo para el trabajador que pretende contratar, de manera que LA OMISION DE TAL SOLICITUD SUPONE UN INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LAS LEYES EN MATERIA DE EXTRANJEROS, y cuando un empresario contrata a un extranjero sin haber solicitado tal permiso, ocasiona con su antijurídica actuación que el trabajador permanezca en nuestra país en situación ilegal durante todo el tiempo que presta sus servicios para él, privándole consecuentemente de la posibilidad de acceder al disfrute de los derechos que como trabajador extranjero residente en España le hubieran correspondido, ya que ha de tenerse en cuenta que tal actuación se produce siempre en aquellos casos en que el empresario niega también al trabajador un contrato escrito, impidiéndole por tanto realizar por sí la solicitud de permisos, ocasionando así con su actuación, el empresario, la nulidad del contrato de trabajo, tal y como la doctrina jurisprudencia viene entendiendo cuando los trabajadores carecen de los correspondientes permisos, en base al artículo 7-c) del Estatuto de los Trabajadores.

En base a tal consideración de nulidad del contrato de trabajo, se viene privando a los trabajadores despedidos de manera NULA, ya que el despido en estos casos suele ser verbal, o IMPROCEDENTE, de las indemnizaciones que el Estatuto reconoce a los trabajadores, pero al efecto habría de tenerse en cuenta lo siguiente: el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores establece que *«En caso de que el contrato re-*

sultase NULO, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado la remuneración consiguiente a un contrato válido», precepto del cual se sigue que el E.T. pretende con él proteger los derechos del trabajador equiparando los efectos económicos de un contrato NULO a los de un contrato válido.

Por otra parte ha de tenerse en cuenta el carácter tuitivo de esta jurisdicción, y el artículo 7.2 del Código Civil, según el cual «*La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención del autor o por las circunstancias en que se realice sobrepase los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercer, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso*».

De lo anterior ha de concluirse que en los supuestos en que nos encontramos ante un contrato NULO porque el empresario así lo ha querido, ocasionando con su omisión de solicitar el permiso de trabajo y de residencia del trabajador que contrata, así como de facilitar al trabajador un contrato escrito, esa nulidad así como la situación ilegal del trabajador, tal actuación nunca puede ocasionar una mayor ventaja para este tipo de empresarios por parte del derecho laboral, lo que iría en contra de todas las normas expresadas y de la equidad, sino que antes bien su conducta, amén de merecer el reproche que la Ley Orgánica 7/85 y su Reglamento establecen, debe dar lugar a las mismas consecuencias jurídicas que la Ley establece para los demás empresarios, porque el no entenderse así lleva a hacer de mejor condición a los empresarios que actúan de espaldas a la legalidad.

Por tanto, si bien en tales casos no puede ignorarse la nulidad del contrato, tampoco puede ignorarse la nulidad del despido, y queriendo el artículo 9.2 del E.T. que las consecuencias de tales tipos de contratos sean remuneratorias han de fijarse a los trabajadores despedidos las cantidades que les hubieran correspondido por el despido por indemnización y salarios de tramitación y condenarse al empresario a abonarles una cantidad igual en concepto de remuneración al amparo del artículo citado y de todo lo anteriormente expuesto.



# PROPUESTA PARA LA RECLAMACION POR JUECES PARA LA DEMOCRACIA DE UNA LEY PAREJA ANTE LA ACTUAL DISCRIMINACION DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES EN LA NORMATIVA VIGENTE POR RAZON DEL SEXO DE LAS MISMAS

Virginia GARCIA ALARCON

El artículo 14 de nuestra Constitución establece que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo.

A pesar de ello, el artículo 44 de nuestro Código Civil establece que «*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código*», no regulando para parejas del mismo sexo uniones del mismo tenor que comporten iguales derechos y obligaciones para los componentes de las mismas, en aras a una vida común, produciéndose así una discriminación claramente debida al sexo de los componentes de las parejas, permitiendo la unión cuando son hombre y mujer y no cuando ambos son varones o mujeres, y esta discriminación es sin duda contraria a la Constitución.

Ese impedimento para las parejas homosexuales tiene como una de sus manifestaciones la imposibilidad por parte del superviviente de la pareja de acceder a las prestaciones de la Seguridad Social establecidas en los artículos 157 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social para el cónyuge supérstite, a pesar de que la situación en que se queda el superviviente de la pareja de homosexuales tras una vida en común, es idéntica a la del viudo o la viuda e impide además constante la unión, acceder a todos los beneficios que para el cónyuge del trabajador establece la Ley General de la Seguridad Social, así como puede impedir en ocasiones acceder al subsidio de desempleo, al no tenerse en cuenta la convivencia del desempleado con su pareja.

Lo mismo cabe decir en materia de sucesiones, etc., etc.

Esta discriminación que carece de toda lógica tiene su origen indudablemente en el miedo de los poderes públicos a las voces ultraconservadoras de los sectores de la Iglesia, prensa conservadora y derecha tradicional, y en el tratamiento que secularmente se ha dado a los homosexuales, al margen de toda realidad científica y del respeto a la propia mismidad de cada persona, pero ciertamente ha de abogarse por un cambio de la normativa que cese la discriminación y corrija la situación de privación de libertad y desprotección en que se encuentra este colectivo, sin duda numeroso e importante en nuestra sociedad.

## PONENCIA DE LA COMISION DE MENORES

La Comisión de menores quiere resaltar como uno de los objetivos prioritarios a conseguir, de la nueva política judicial que Jueces para la Democracia propugna, en el ámbito penal, LA ELEVACION DE LA MAYORIA DE EDAD PENAL A LOS 18 AÑOS, que debe plasmarse en el nuevo Código Penal, con la publicación simultanea de una Ley Penal Juvenil.

Todo ello en base a los siguientes argumentos:

1.º Por el concepto de MENOR, según la Convención de Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 20 de Noviembre de 1989 y ratificada por España (B.O.E. 31-12-90), es «*todo ser humano menor de 18 años*».

2.º Por la actual Legislación.- La actual Ley Orgánica 4/92 de 5/Junio «*Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores*»; tras un año de su entrada en vigor, se sigue sin una Legislación acorde con los tiempos actuales, la propia Ley Orgánica 4/92 se denomina Reforma Urgente y Parcial de la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, manteniendo la misma filosofía jurídica, y sin un reglamento para la ejecución de las medidas. El Tribunal Constitucional en su sentencia de 14 de Febrero de 1991, ya subrayó la imperiosa necesidad de que, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Adicional 1ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las Cortes procedan a reformar la Legislación Tutelar de Menores (F.J. 6º).

Esta Legislación ha tenido las siguientes consecuencias:

a) Falta de control jurisdiccional a los archivos del Ministerio Fiscal ó a la falta de incoación del Expediente de reforma; el principio de oportunidad en manos del Ministerio Fiscal y sin acusación particular está fuera de control, corroborada esta situación por falta de un criterio uniforme del Ministerio Público, así cada Fiscalía actúa de forma distinta.

b) No hay autentica instrucción, investigación por el Ministerio Fiscal, a quien por mandato legal le está atribuida (art. 15, Ley Orgánica 4/92).

c) La ejecución de las medidas se lleva a cabo por las Comunidades Autónomas, Disposición Adicional 3ª de la Ley Orgánica 4/92, pero de forma desigual, según los recursos de cada Comunidad, esto supone un trato discriminatorio para los menores, aunque se observa en este sentido un ligero esfuerzo por parte de las Comunidades, para facilitar más recursos, pues en la actualidad aunque hay medidas, no se pueden ejecutar (acogimiento por otra persona ó núcleo familiar, trabajos en beneficio de la Comunidad, etc.), se debe exigir del Organo correspondiente —Administración Central o Autonómica—, que se dote a todas las Comunidades de los recursos que establece el art. 17, (todavía hay Comunidades que carecen de Centros de INTERNAMIENTO).

d) Falta un Reglamento que regule la ejecución de las medidas y el internamiento; la actual legislación refleja una situación de inconstitucionalidad; tampoco existe un Reglamento que regule la situación de internamiento de los menores en los Centros (sanciones, actividades, horarios, salidas fin de semana, etc.).

e) Actual situación de los Juzgados de Menores.- El trabajo que se realiza en esta jurisdicción no se puede evaluar por el número de resoluciones, la labor es mucho más compleja (permisos, visitas a los Centros, reuniones con la Comunidad Autónoma, con el Equipo Técnico de Apoyo, con los delegados, estudio de la evolución del menor a efectos del art. 23 de la Ley Orgánica 4/92). Se ha observado una sensible disminución del número de expedientes en los Juzgados de Menores, entendemos que puede incidir en ello, el principio de oportunidad del Ministerio Fiscal; esto ha supuesto en algunos casos, una sensación de impunidad que tiene el menor y que no se corresponde

con la realidad social, el número de delitos no ha disminuido (ver la memoria de la Fiscalía General del Estado). Actualmente de una situación de provisionalidad (Ley Orgánica 4/92 Reforma Urgente Parcial), se ha pasado a una situación de desmantelamiento; la mayoría de los Juzgados de Menores han visto reducida su plantilla, quedando en la mayoría un Oficial, un Auxiliar, un Agente Judicial (equiparadas a los Juzgados de Paz), en éste sentido ratificamos plenamente el informe del Consejo General del Poder Judicial, sobre la reducción de personal; como en principio la justificación estaba en que el Ministerio Fiscal, adolecía de personal suficiente para llevar a cabo la función investigadora que le confería la nueva Ley, creemos que se debe controlar por parte del Consejo General del Poder Judicial, este trasvase de personal, que modifica la Ley de Planta y Demarcación de 1988, y se investigue por parte del Consejo General del Poder Judicial si realmente se ha destinado a las Fiscalías de Menores.

### 3.º PLANTEAMIENTO DE FUTURO

a) Que el nuevo Código Penal, establezca la mayoría de edad penal en los 18 años, simultánea publicación de la Ley Penal Juvenil (12-13 años a 18 años).

La nueva Ley, tendrá en cuenta los principios de:

1. Responsabilidad Gradual
2. Oportunidad Reglada
3. Proporcionalidad
4. Tipicidad - Celeridad
5. Seguridad Jurídica

b) Concreción de las medidas y tiempo de duración de las mismas, así como se regule por Ley de su ejecución.

c) Exigir que todas las Comunidades Autónomas tengan los recursos suficientes para aplicar todas las medidas del art. 17 (actualmente el cumplimiento de algunas medidas fuera de la Comunidad Autónoma, donde reside el menor, puede suponer una pena de extrañamiento).

d) El perjudicado debe ser parte en el procedimiento que se establezca, a efectos probatorios, en la actual situación no puede aportar los medios que prueben, los daños y perjuicios sufridos, a ello obliga el principio de tutela judicial efectiva, a dar una respuesta satisfactoria a la víctima perjudicada; se propone que a estos efectos se cree un Fondo de Compensación por parte del Estado, que luego repercuta contra los representantes legales de los menores, que sean solventes, así se satisfarán los legítimos intereses de la víctima.

Se acuerda profundizar en este último punto en futuras reuniones.

Esta comisión de MENORES, quiere hacer llegar a la sociedad la desidia de los poderes públicos a la hora de buscar un nuevo enfoque, exento de paternalismo, que de una vez por todas, elimine la consideración de menores como ciudadanos de segunda categoría, que al carecer de peso específico suficiente dentro de la comunidad, se les margina a la hora de adoptar decisiones políticas, *«pueden entrar en la cárcel, pero no pueden votar»*.

Desde nuestra condición de juristas no podemos olvidar que el Derecho, dentro de un mundo que está inmerso en la violencia, la desigualdad y la insolidaridad social, puede y debe dar respuesta a la problemática del menor, ya que es una de las pocas vías posibles para avanzar hacia una sociedad más justa y democrática. Es mucho más educativo que los jóvenes de 16 a 18 años estén en centros juveniles, estudiando, formándose y aprendiendo un oficio que no en las cárceles, sin realizar ninguna actividad educativa ni resocializadora, sino tan solo «cumpliendo con una pena represora de privación de libertad» y sin que en la actual legislación exista otra alternativa a esta pena para los jóvenes, entendemos que «los menores son una gran minoría» a la que hay que proteger y defender y la primera y más importante reivindicación es que se ELEVE LA MAYORÍA DE EDAD PENAL A LOS 18 AÑOS, mientras tanto nuestros menores no serán europeos.

# ROSTROS DE LA MARGINACION CONTRA EL RACISMO

Sección Territorial de Madrid

I.-

La dificultad de definir universalmente el propio contenido de la categoría «raza», y derivadamente el significado exacto de racismo, fenómeno que las primeras escalas de la crisis social aparece entremezclado con otros paralelos, como la xenofobia, no impide reflexionar que la existencia, a menudo aparente, de razas, es decir de grupos de personas mas o menos identificadas por características biológicas, como el color de la piel, ha sido históricamente aprovechada como instrumento de diferenciación y de explotación y exterminio, una vez se instala en el cuerpo social la convicción de superioridad de una supuesta comunidad racial sobre otra; por consiguiente, el modo de producción relevante del racismo se asienta, no sobre la existencia objetiva de razas, sino sobre el interesado manejo que de esa aparente realidad (fabulada) hacen, en determinadas circunstancias, ciertos agentes antisociales.

Por una parte la existencia de grupos racializados ha permitido, en el curso de la historia, crear condiciones objetivas de explotación estructural, relegando a esos grupos a los escalones de clase típicos del dominio (incluyendo en la definición el fenómeno de la *underclass*) o, sencillamente, en determinados momentos de apogeo del racismo político, arrebatando al grupo sus medios materiales de reproducción social, cultural y económica.

Junto a ello, esos agentes antisociales aprovechan crisis cíclicas de un modelo de convivencia, el occidental por lo que nos toca, definidas por la incertidumbre económica y cultural, y correlativamente por la interiorización que de ello hacen los sujetos sociales en un doble aspecto emocional, interno en cuanto el sujeto se resiste a aceptar la alteración del orden en que se halla instalado, y exterior en la medida en que de ello se sigue la creación de un mito, de un chivo expiatorio sobre el que cargar las consecuencias, inasumibles para el sujeto, de esa alteración.

II.-

En el actual momento de la sociedad española, parece percibirse la presencia de un racismo incipiente, inseparable por el momento de contenidos simplemente xenofobos, dirigido a colectivos africanos y sudamericanos (sin olvidar, aún en otro orden de análisis, el racismo dirigido en nuestro país desde hace siglos contra la comunidad gitana, destinataria de cientos de normas de exclusión) que tratan de acceder a condiciones de subsistencia elemental, y enmascarado en las clásicas justificaciones del simbólico racismo moderno: acusaciones de aprovechamiento del sistema de protección social, de reducción del mercado de trabajo para los nacionales (y racialmente distintos), de insolidaridad en el mismo... etc, y reflejado en prácticas racistas aún desestructuradas y por ello más bien individuales y espontáneas. Sin embargo, la memoria de los siglos y de los millones de seres humanos que de un modo u otro perecieron por cuestiones raciales, debe activar la convicción de que ese incipiente racismo constituye no más que uno de los primeros estadios de un movimiento progresivo hacia formas menos sutiles del fenómeno, que encuentra su estación de termino en el nivel político del mismo, donde la afirmación usualmente encubierta de superioridad racial sustituye a la de la simple diferencia, y las justificaciones aparentes del actor racista dan paso a códigos francos de comportamiento político, es decir a la conquista de espacios institucionales de poder, bajo las banderas (tal vez no únicas) del racismo. En el curso del camino y sobre todo en su final, las practicas racistas que hoy permanecen desestruc-

turadas pueden ganar la consistencia suficiente como para que la discriminación y la violencia no sean percibidas como extrañas al cuerpo social, y formen parte del discurso del mismo, hasta el punto de que el antirracismo haya de verse obligado a justificar sus propias posiciones, a explicar de nuevo el por que y el para que de los derechos humanos. Hasta el punto, en definitiva, de que sean los elementos antisociales los que definan el juego de la convivencia civil.

### III.-

La propia experiencia histórica ha ganado para el espacio jurídico-político de la democracia, sobre todo a partir de la segunda guerra mundial, la proscripción de la discriminación de las personas por motivos raciales, positivizada en los grandes textos de derecho internacional que declaran los derechos humanos (artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1.948, artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas), con un desarrollo específico en las Declaraciones y Convenciones de la O.N.U. sobre la eliminación de la discriminación por motivos raciales (Declaración de 20.11.63, Convención de 21.12.65, Convenio de 7.3.65, y Convención sobre la Eliminación del Apartheid de 3.11.63, entre otras). Por su parte, la Constitución española (artículos 14, 10 y concordantes) recoge el mismo principio en un mismo marco de garantías nacionales que posibilitan el obligado compromiso de los jueces de hacer real, en la practica cotidiana, esa formalización de la igualdad; sin duda este es el reto genérico que provoca la reaparición de lo que, sin duda, puede ser calificado como uno de los fenómenos sociopolíticos mas inquietantes de nuestra época.

Sin embargo, no podemos dejar de lado lo que antes se ha definido como nivel político del racismo, verdadero punto de inflexión de esta realidad, donde se estructura y hace peligrar la convivencia y donde debe ser específicamente atajada, por los mecanismos jurisdiccionales articulados a partir de la declaración constitucional de ilegalidad de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito, entre otras las que promueven la discriminación social o inciten a ella (artículos 22.2 de la Constitución española y 173.4 del Código Penal).

Queda hecho por este Congreso el llamamiento a los agentes sociales y jurídicos legitimados, para que persigan a través de los mecanismos legales pertinentes la declaración de ilegalidad de las asociaciones (del tipo que sean y específicamente las de naturaleza política) de contenido o finalidad racista, quedando comprometidos los miembros de esta asociación a actuar en consecuencia.

### IV.-

La aparición de la realidad racista, tal y como ha sido descrita, es algo relativamente novedoso en la historia reciente de nuestro país, y precisamente por ello quizá sea todavía el tiempo de hacerse algunas preguntas, al tiempo de intentar las respuestas; en particular el Congreso de Jueces para la Democracia debería, sobre el esquema apuntado, analizar los mecanismos jurídicos específicos para cortar el embrión racista, tanto en el nivel incipiente como en el llamado nivel político. Para ello es indispensable la reflexión sobre las conductas características de grupo que puedan conducir a la declaración de racismo referida al mismo; inevitablemente habrá que responder a una cuestión esencial en la materia, a saber, al tratamiento de los conflictos a los que da lugar el hecho de que ciertos grupos racializados llevan incorporado un sistema cultural propio, a veces incompatible con el nuestro; conocer los límites de cada uno y las referencias sacionormativas que arbitren las eventuales disputas será capital para resolverlas en el marco de respeto a los derechos humanos ya significado.

# LOS OTROS MARGINADOS

Sección Territorial de Madrid

## 1. LA SOCIEDAD PLURICULTURAL Y LA MARGINACION

La transformación del mundo en «*aldea global*» condujo a la intensificación de los viejos movimientos migratorios. La posición geográfica de España determinó que su suelo se convirtiese en marco de convivencia de razas y culturas muy dispares. Sin embargo, es patente que hoy pertenece al círculo cultural europeo occidental de tradición judeo-cristiana. Ello impregnó la organización del entramado social, de la estructura institucional sobrepuesta y la escala de valores segregada.

En el último cuarto de siglo, se multiplicaron, sin embargo, los desplazamientos inmigratorios procedentes de áreas culturales muy distintas. La negritud africana, que conserva costumbres muy primitivas, los pueblos norte-africanos de tradición islámica y hasta —siquiera minoritariamente— algunos pueblos orientales proporcionaron contingentes cada vez mayores de inmigrantes; unos, camino de otros Estados de la Comunidad Económica Europea; otros, dispuestos a instalarse en España.

Tenían que producirse choques culturales. Ya se han producido. Estas minorías no han renunciado a sus hábitos, y algunos de éstos entran ruidosamente en colisión con nuestra peculiar concepción del mundo.

Recientemente saltó a los medios de comunicación el conflicto planteado por el descubrimiento de la pervivencia de prácticas infibulatorias —o análogas— sobre mujeres del círculo cultural de la negritud.

Las reacciones institucionales han sido de dos tipos. Cabe adoptar una actitud extremadamente comprensible, que exculpa el hecho entendiendo que concurre un error sobre su antijuridicidad, a tenor del artículo 6 bis, a) 3. del Código Penal. En su antípoda, aquella otra que hace prevalecer la tutela de la víctima, condenando sin paliativos tan brutales prácticas.

En pocas ocasiones serán tan necesario el examen ponderado de las circunstancias del caso. Será menester analizar el grado de extrañamiento cultural de las personas acusadas (acaso pervivientes en la esperanza utópica de un regreso a su comunidad de origen, en la que los comportamientos tan drásticamente rechazados por nuestras normas de cultura constituyen factores de integración tribal), como componente de su capacidad de normal motivación por las prohibiciones penales. Y, desde luego, no perder de vista que, en ésta, como en tantas otras materias, la amenaza penal es la tosca última respuesta cuando fallan los mecanismos preventivos, y aun represivos, pero de otra índole. La «*inmersión*» social integradora, merced a la educación en el respeto de las exigencias de la dignidad humana, puede ser una vía mucho más eficaz que la más severa conminación punitiva.

Sin salir de esta órbita, no es infrecuente que mujeres del área de la negritud africana se vean acusadas de delitos contra la salud pública, por servir de instrumentos de transporte de sustancias psicoactivas prohibidas. Resignadas a su suerte, y en manos de defensores de rutina, son incapaces de explicar cuántas veces no pueden resistir las órdenes dadas por sus maridos (por utilizar una expresión convencional), inapelables según las reglas de la tribu. Los órganos jurisdiccionales deberán plantearse seriamente hasta qué punto no se están cerrando los ojos a estas realidades para evitar la manipulación de personas inimputables o inculpables (por no exigibilidad de otra conducta) en las redes del narcotráfico. Esta voluntaria o inconsciente ceguera se sumará, entonces, a tantas otras manifestaciones de la perversión que la cruzada

contra las drogas está produciendo en principios garantistas que se creían irrenunciabiles conquistas de los Derechos Penal y Procesal Penal de la democracia.

Si cuanto roza el mundo penal produce un impacto mayor en nuestra sensibilidad, pronto podrían plantearse problemas en áreas impensables del Derecho Privado, tras pasadas, sin embargo, de aquella «*publicidad*» que los familiaristas italianos de mediados del presente siglo descubrieron en su especialidad.

La instalación de comunidades cuantitativa y cualitativamente considerables procedentes del mundo islámico, puede llegar a suscitar dificultades en caso de pretender un reconocimiento del modelo de matrimonio poligámico vigente en sus culturas de origen. Se hace necesario replantearse los términos tradicionales en que se han movido el orden público interno y el internacional.

El modelo judeocristiano de pareja monogámica (a lo sumo, monogámica sucesiva) heterosexual (un día presentado como «*natural*») está siendo sometido a dura confrontación. Las parejas homosexuales estables reclaman un reconocimiento legal que, pese a la repugnancia de algunos estratos sociales, parece que habrá de producirse inexorablemente en un futuro no muy lejano, como ya lo está siendo la realidad de la transexualidad.

Los juristas tenemos el compromiso de, si no anticiparnos, sí, al menos, ser capaces de reaccionar con prontitud, realismo y eficacia a los retos de nuestro tiempo. Uno de ellos será, sin duda (muy especialmente a la vista de los vientos que soplan en el mundo del Islam), preparar la respuesta a eventuales reclamaciones de asunción del modelo matrimonial poligámico (cuando es aceptado libremente por todas las partes implicadas), que ya ha asomado por los bastidores de algún proceso penal. Una vez más, estallará el conflicto entre el mantenimiento a ultranza de conquistas que parecían irreversibles y la necesidad de resolver satisfactoriamente los problemas que presenta la tozuda realidad cotidiana. Los rechazos que ciertos sectores del feminismo militante encontraron en las mujeres de la cultura gitana frente a los programas progresistas de aquéllos habrán de tenerse muy en cuenta a la hora de arbitrar soluciones.

La sociedad española —aunque tal vez tenga la tentación de creer que éste es sólo un tema marginal— debería abrir un debate, porque, cuando emerja el problema, no se deberá, tampoco, desplazar sobre la Magistratura su propia responsabilidad como Pueblo soberano.

## 2. LA «*TERCERA EDAD*»

Las duras condiciones de la Sociedad actual están provocando la segregación de categorías de personas cuyo estatuto jurídico presenta todavía lagunas considerables y defectos de tratamiento.

La prolongación de las expectativas de vida, el descenso de la tasa de natalidad y la reducción de la edad de jubilación, ahora entendida no tanto como un derecho del trabajador sino como una imposición, en modo alguno ajena a criterios de política de empleo (encubridora del fracaso de un sistema económico, menos jaleado que el de sus contradictores), han hecho multiplicar el número de jubilados, y el de personas que han traspasado además el umbral de la ancianidad.

Durante un primer periodo, cuando las facultades físicas y mentales no se encuentran deterioradas, el principal motivo de preocupación de este sector de la población es poder hacer frente a la subsistencia dentro de los límites que exige esa dignidad de toda persona humana, que alzaprima el artículo 10 de la vigente Constitución Española.

Sería injusto desconocer que la política de cobertura de las necesidades de las de-

nominadas tradicionalmente «clases pasivas» había mejorado en cuantía (aumentando las pensiones iniciales y estableciendo mecanismos de revisión para acomodarlas a la evolución del poder adquisitivo de la unidad monetaria) y en extensión (hasta llegar a la previsión de la pensión asistencial, incluso si no se ha realizado anteriormente una actividad laboral que funde la por jubilación).

No obstante, un porcentaje todavía elevado de pensionistas perciben cantidades muy por debajo del salario mínimo interprofesional. Esas cantidades son notoriamente insuficientes para hacer frente a una subsistencia digna.

Los resultados de este hecho son profundamente negativos. Sólo recientemente se han generalizado los planes individualizados de pensiones complementarias (popularizados precisamente en la misma medida en que se desconfía del mantenimiento de la presente cobertura proporcionada por la Seguridad Social y por los sistemas de Mutualidades profesionales), y, por otro lado, los salarios percibidos por amplias capas de población laboral activa no permiten el ahorro de las primas precisas. Así —sin negar las mejoras de política social en este sentido— la eufemísticamente denominada «tercera edad» se está considerando cruelmente como un estorbo y un lastre para el sistema económico en su conjunto. No se sabe qué hacer con estas personas irreversiblemente improductivas y costosas; los nuevos «*seres desechables*», herederos de aquellos otros «*sin valor vital*», condenados por la barbarie nazi.

Si el salario mínimo interprofesional se entiende como el indispensable para la digna subsistencia del trabajador, en un Estado Social de Derecho, como el diseñado por la vigente Constitución Española, ninguna pensión por jubilación (como ninguna por desempleo) debería descender de esa cifra.

Parece innecesario decir que esa pensión ha de mantener íntegro su poder adquisitivo. Partiendo de que se trata del mínimo preciso para una vida digna, cualquier reducción aplicada sobre ella implicaría un sacrificio marginal ponderado que no resistiría la comparación con cualquier otro exigido a tramos de renta superiores.

A medida que los años pasan, se incrementan los problemas de ocupación del tiempo libre y de convivencia.

En cuanto a lo primero, habrá que insistir en la proliferación de los centros para la tercera edad y los variados proyectos de actividades recreativas, controlando las condiciones en que éstas se desarrollan para que, en aras de una mayor rentabilidad, no desmerezca la seguridad y la comodidad de los supuestos beneficiarios.

Por lo que atañe a lo segundo, la solución tradicional consistió en la integración de los pertenecientes a la «tercera edad» en el contexto de la familia nuclear. Actualmente, y en especial en las grandes aglomeraciones urbanas, este modelo ha entrado definitivamente en crisis. El espacio promedio de la vivienda moderna no permite la convivencia de demasiadas personas. El resultado es un número elevado de ancianos que ven transcurrir la mayor parte de su día en los espacios públicos.

El problema alcanza tintes trágicos en los periodos vacacionales: fines de semana, días festivos y vacaciones. Entonces se fingen urgencias sanitarias para conseguir el internamiento en cualquier centro hospitalario, que se encuentra, al producirse el alta prácticamente inmediata, con la dificultad de encontrar acomodo al fingido paciente.

Quienes cuentan con una vivienda para sí no son ajenos a los problemas de compañía doblemente funcional, porque supone la superación de la soledad y provee de vigilancia, cuidado y atención. El régimen de asistencia temporal diurna ha demostrado su eficacia, pero —a la postre mandan las consideraciones económicas incluso por encima de los altruistas proyectos constitucionales— su coste ha frenado su generalización, e incluso se han abandonado algunos programas ya iniciados.

No existen suficientes residencias geriátricas, y aún queda mucho camino que re-



correr para llegar a ese ideal que las aleje de instituciones hospitalarias, incluso psiquiátricas, o lisa y llanamente detentivas.

Esta carencia conduce a la habilitación de camas propiamente hospitalarias con fines de asistencia social geriátrica. Así se produce un efecto doblemente negativo, porque los establecimientos sanitarios no son adecuados y su restan unas plazas realmente necesarias para su verdadera finalidad.

La organización interna de las residencias ha de cuidarse muy especialmente, porque, dentro de los márgenes de la «tercera edad» cabe deslindar fases o etapas en que la persona cuenta con muy distinto nivel de facultades, lo que ha de traducirse en regímenes diferenciados de vida. En buena parte, los rechazos al internamiento en estos centros provienen de que, por su rigidez horaria y programación pueden convertirse con facilidad en una mezcla de todo lo negativo de una cárcel, un convento, un hospital y un cuartel. El orden y una mínima disciplina no son incompatibles con la libertad. Y, desde luego, habrá de evitarse la forzada convivencia de personas con todavía buenas facultades junto a otras en una etapa terminas de su existencia, por el efecto depresivo que ello produce sobre las primeras. Añádase a lo anterior que la frecuente localización de estas residencias en zonas alejadas de los núcleos de población (quizá más saludables, y, sobre todo, con un precio de suelo sensiblemente inferior) obstaculiza los indispensables contactos con el exterior, tanto por salidas de los internos como por visitas de familiares y amigos. El centro geriátrico se precipita, entonces, hacia un modelo agobiante de mundo en miniatura (microcosmos), con todos los caracteres del «gheto» marginador.

Y esos caracteres son los que, demasiado a menudo, se descubren —con ribetes de escándalo— en residencias privadas, convertidas en verdaderos centros de detención de ancianos.

«*Detención*»: ésa es la palabra adecuada; y ése, uno de los puntos más vidriosos. En teoría, los internos se suponen mentalmente sanos y viviendo en régimen de libertad. No les afecta —al menos, en principio— lo establecido por el artículo 211 del Código Civil. Sin embargo, las tapias y las verjas no faltan en las instalaciones; y rebasarlas puede significar la superación de una cantidad de trámites y requisitos capaz de desanimar definitivamente a quienes terminan por resignarse sumisamente a su suerte. Hay muchas formas sutiles de coartar la libertad de movimientos; y no digamos la espontaneidad de la conducción de la propia vida, incluida la actividad sexual, que, en el caso de la ancianidad, es mirada tradicionalmente con una desafortunada combinación de escepticismo, recelo y reprobación.

Las distintas Administraciones Públicas deberían extremar el celo en el desempeño de sus potestades inspectoras para prevenir y corregir posibles irregularidades, dando cuenta al Ministerio Fiscal si existieren indicios de relevancia penal.

### 3. DEFICIENCIA MENTAL Y MARGINACION

Buena parte de los problemas abordados a propósito de la «tercera edad» pueden ser trasladados al oscuro mundo de la deficiencia mental.

También, en este caso, la variedad de sus manifestaciones, dependiendo del grado de retraso del desarrollo psíquico, obliga a tratamientos altamente diferenciados. No se puede asimilar el caso del retraso mental leve, que no impide hacer vida independiente, aunque necesitada de apoyo, a las hipótesis de los retrasos grave y profundo, en que la dependencia de terceras personas puede llegar a ser prácticamente total.

Evitar su marginación implica integrarlos, en la medida de lo posible, en la Sociedad tenida por normal. Sin embargo, tanto la Organización Mundial de la Salud

como la «*American Psychiatric Association*» avisan del riesgo de explotación y abuso sexuales y laborales.

La inserción en una familia nuclear es deseable, pero no siempre posible. La atención de muchos de estos enfermos lleva consigo un sacrificio que ni siquiera los ligados por lazos de estrecha familiaridad están dispuestos a arrostrar. No obstante, a veces se consigue por interés lo que no por afecto. La eficacia incentivadora del otorgamiento de subvenciones económicas y otros beneficios a aquellas familias que acepten hacerse cargo del cuidado de deficientes mentales aconseja insistir en esta línea, siempre sujetando a aquéllas a controles en garantía del adecuado tratamiento del deficiente.

El internamiento —con las garantías impuestas por el artículo 211 del Código Civil— no debe realizarse en establecimientos psiquiátricos, sino en centros de educación especial (cuando ésta sea posible) o en centros asistenciales específicos (en los casos en que no es posible sino su mera subsistencia).

El actual régimen jurídico de la incapacitación permitirá —así se infiere de los artículos 210 y 267 del Código Civil y de su aplicación jurisprudencial— modular su alcance en sintonía con el déficit de inteligencia. Ello puede ser de singular provecho cuando el deficiente desarrolle una actividad remunerada. Es menester extremar la cautela a propósito del trabajo de estos minusválidos psíquicos. Lo que puede ser un excelente instrumento educativo puede también convertirse en ocasión de explotación disfrazada de beneficencia. El trabajo del subnormal debe ser retribuido con arreglo a su calidad y productividad y en condiciones normales de mercado. La relación laboral especial reglamentada a partir de 1985 ha de aproximarse en la medida de lo posible al régimen común y, desde luego, mantener la proporción entre contraprestaciones, con las solas correcciones que pueda justificar la pérdida de utilidad consiguiente a la reducción marginal de calidad y de productividad.

La vida sexual de los deficientes mentales es uno de los puntos más escabrosos. La exacerbación de su libido, la disminución de su comprensión de la realidad y del alcance de sus actos, y la ausencia o debilidad de los frenos inhibitorios los convierten a menudo en víctimas de abusos sexuales. En esto insisten los más recientes manuales de diagnóstico clínico y los especialistas (criminólogos y médicos) más solventes. Empero, su protección frente a ellos no puede desembocar en su condena a la masturbación, a la abstinencia forzosa o al contacto sexual con otros minusválidos psíquicos inimputables exclusivamente. Con anterioridad a la reforma operada en 1989 en el Título IX del Libro II del Código Penal, ésta era la consecuencia de considerar delito de violación el yacimiento con mujer privada de razón o de sentido por cualquier causa. En la redacción actual ya se exige que se abuse de la enajenación; pero los comentaristas siguen destacando la dificultad de precisar el alcance de ese abuso. Se ha propuesto restringirlo al aprovechamiento de una superioridad sobre la persona aquejada de minusvalía psíquica asimilable al que determina el estupro de prevalimiento, tipificado y penado por el artículo 439 del Código Penal. No se puede olvidar que un déficit intelectual leve o discreto no priva totalmente, a quien lo padece, de la capacidad de conocer y de querer, aunque estén viciadas por aquella deficiencia. Por eso, la conducta sexualmente abusiva debería reservarse para cuando el deficiente sea incapaz de darse cuenta de lo que hace, de su sentido, y de elegir mínimamente a su pareja.

La vida sexual de estos minusválidos quedó considerablemente abierta, también en 1989, por la reforma introducida en el artículo 428 del Código Penal, para hacer posible su esterilización en interés del propio incapaz. La norma se reveló un semillero de conflictos, empezando por el mismo criterio legitimador de la drástica medi-

da anticonceptiva, seguramente condicionada a la inadecuación, valorada caso por caso, de otras menos enérgicas. En la actualidad, habrá que añadir una política preventiva del contagio de enfermedades de transmisión sexual, con el temido SIDA a la cabeza.

Especiales problemas puede plantear el tratamiento de la vida sexual de los deficientes mentales internados en establecimientos psiquiátricos o de educación especial. Los casos de déficit más severo se contendrán normalmente en un autoerotismo muy tosco, afectante, más que nada, a su mantenimiento dentro de límites no perjudiciales para la salud del enfermo. Cuando la capacidad de conocer, comprender y decidir alcanzan cierto grado de atendibilidad, podría aplicarse —con las necesarias adaptaciones— el régimen de visitas íntimas previsto para las instituciones penitenciarias, sin perder nunca de vista que el internamiento de estos minusválidos no tiene su origen en una conducta social y jurídicamente reprochable.

#### 4. «JUGANDO A SER DIOS»: LA DISCRIMINACION EN LA ASISTENCIA SANITARIA

El caso de Harry Elphick —el fumador impenitente pospuesto en las listas de espera, y finalmente fallecido— ha hecho saltar las señales de alerta frente a lo que se ha dado en denominar plásticamente «*fascismo sanitario*».

La clase médica de Manchester (cuna —la Historia se repite— del radicalismo liberal capitalista) se ha atribuido el poder de fijar las preferencias de cara a la asistencia sanitaria. La coartada la proporciona una filosofía de «*medicina de campaña*» («*soapbox medicine*»), que obliga a administrar ahorrativamente los recursos escasos que suministra la nueva «*Sociedad del malestar*».

La clave de bóveda del edificio del «nuevo orden económico» se basa en la cetería presupuestaria para gastos sociales, en la misma medida en que ese ahorro va a beneficiar a una clase hegemónica cada vez más enriquecida. Después de que los economistas de la Escuela de Chicago (acaparadora de premios Nobel no devueltos tras el fracaso rotundo de su práctica) patrocinaran el ahorro de medios en la Administración de Justicia, incluso a riesgo de transmutarla en «*administración de la injusticia*», los médicos han sido convocados a ser cómplices de esa interesada avaricia, que los coloca en la dramática necesidad de elegir entre vidas en peligro. Es preciso recordarles que no deben prestarse a tal manipulación. «... Y seréis como Dios ...»: la tentación de la serpiente adquiere dimensiones impensadas.

Ahora son discriminados los fumadores, los bebedores, los obesos, ¡los ancianos! Tal vez mañana lo sean los negros, los sidosos, los enclenques y —¿por qué no?— cuantos no compartan el «*new way of life*». Y, como telón de fondo, el horizonte de privatización de todos aquellos sectores susceptibles de generar beneficios. Los impuestos quedarán reducidos a partida destinada a nutrir una burocracia hipertrofiada e inútil, cuna nutricia de tantos servicios prestados.

Ningún médico debe «*desempeñar el papel de Dios*»: ninguno debe tener potestad para disponer arbitrariamente de la vida y de la muerte de las personas confiadas a su cuidado, estableciendo, no menos arbitrariamente, las pautas de preferencia. Los firmantes del «*contrato social*» están legitimados para exigir que, antes de ser excluidos de la asistencia social mínima, se reduzcan a lo indispensable los gastos suntuarios (sin privilegios de ninguna institución, sin privilegios de ninguna clase, ni cesiones al chantaje de quienes se presentan como generadores de empleo) y se sujete a debate público el establecimiento del orden de preferencias a efectos de gasto público.

# LA SUPRESION DE OBSTACULOS EN EL EJERCICIO POR LOS MINUSVALIDOS DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS POR LAS LEYES

Celsa PICO

## 1. MARCO GENERAL

Señala la Ley 13-82, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, en su artículo primero que *«los principios que inspiran la presente Ley se fundamentan en los derechos que el artículo cuarenta y nueve de la Constitución reconoce, en razón a la dignidad que les es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos para la asistencia y tutela necesaria»*.

Parte pues, del art. 49 de la C.E. *«los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos»*.

Tal artículo se encuentra inserto en el Título I de la Constitución, de los Derechos y Deberes fundamentales cuyo capítulo II, Derechos y libertades, se subdivide en dos Secciones: De los derechos fundamentales y de las libertades públicas y De los derechos y deberes de los ciudadanos, bajo los cuales no se encuentra el mencionado artículo. Tal cuestión no es baladí. Se halla bajo el capítulo De los principios rectores de la política social y económica.

El significado más inmediato es la *ausencia de un procedimiento preferencial y sumario para impetrar su protección ante los Tribunales*. El procedimiento de la Ley 62-78, de 28 de diciembre al que se refiere el art. 53.2. C.E. solo ampara los derechos y libertades reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del capítulo segundo. También es relevante que la regulación de aquellos derechos habrá de hacerse por ley respetando siempre su contenido esencial, es decir aquellas facultades sin las cuales el derecho se desnaturalizaría.

En cambio, *«el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informaran la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.»*

Aún ostentando naturaleza programática lo dispuesto por el art. 9.1. C.E. *«los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»* y 9.2 *«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»*, es indiscutible se trata de principios que han de asumirse por los tribunales para la interpretación de las leyes (art. 5,1, L.O.P.J. 6-85, 1 julio).

Así pues el ejercicio de los derechos reconocidos en las normas a los ciudadanos afectados con disminuciones físicas, sensoriales o psíquicas no se encuentra en el ca-

talogo de los llamados derechos absolutos o de primer grado mas ello no ha de ser obstáculo para su reclamación por la via ordinaria.

Una vía de protección de los derechos fundamentales del minusválido vendría dado por los derechos fundamentales reconocidos a todos los ciudadanos. Así el de *no discriminación por razón de nacimiento, ... o cualquier otra condición o circunstancia personal o social* (art. 14 C.E.). Mas aquí habría que examinar las circunstancias concretas del caso.

El Tribunal Constitucional reitera que *«el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, ya que, siguiendo la doctrina del T.E.D.H., toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación»* (S.T.C. 5 noviembre de 1985). Así pues señala también que el principio de igualdad impone solo la prohibición de dispensar un trato desigual a quienes se hallen en la misma situación, sin justificación objetiva y razonable. En la misma línea ha establecido que el presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del art. 14 C.E., es que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, equiparables. También ha sentado que *«el principio de igualdad en la ley no prohíbe al legislador contemplar la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, porque la esencia de la igualdad consiste no en prescribir diferenciaciones o singularizaciones, sino en evitar que éstas carezcan de justificación objetivamente razonable, enjuiciada en el marco de la proporcionalidad de medios al fin, discernible en la norma diferenciadora»* (S.T.C. 19 de diciembre de 1986).

Otra protección reforzada del ejercicio de actuaciones puede venir dada por el art. 27.C.E. *«todos tienen el derecho a la educación»*. Tal derecho desarrollado en la Ley orgánica del Derecho a la Educación, 8-85, del 3 de julio parte de la Ley del 7 de abril de 1982, al señalar que el minusválido se integrará en el sistema ordinario de la educación general (art. 23.1.) recibiendo Educación Especial excepcionalmente cuando sea imposible la integración. Ya recientemente con la L.O. 1-1990, de 3 de octubre, de ordenación General del Sistema Educativo, se contempla (arts. 36 y 37) el aprendizaje específico de *«alumnos con necesidades educativas especiales»* sin distinguir colectivos con minusvalías concretas. Es decir continua el principio general de integración en los diferentes niveles del sistema educativo con la posibilidad, en cualquier momento o de manera permanente, de apoyo especial.

La Constitución establece en su art. 10.

*1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2 Las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

La dignidad de la persona es, pues, un valor jurídico fundamental. El Tribunal Constitucional suele referirse en innumerables ocasiones al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, más los Protocolos adicionales ratificados por España, y al pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

Otras Declaraciones de derechos y principios generales suscritos por España solo implican el compromiso de adopción de medidas en el plano nacional sin sanción al-

guna derivada de su incumplimiento ni posibilidad de demandar su ejecución por los ciudadanos afectados. Así la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental y la Declaración de los derechos de los Impedidos, proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971 y el 9 de diciembre de 1975 *inspiran la legislación para la integración social de los disminuidos* (art. 2 Ley de Integración Social de los Minusválidos 13-82, 7 de abril) mas carecen de fuerza normativa. Otro tanto acontece con el contenido del Programa de Acción Mundial para los Impedidos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1982.

Más cercano, en el espacio europeo, recordar que España se adhirió al Comité del Consejo de Europa para la readaptación y la reinserción profesional de los minusválidos de cuya labor cabe destacar la Resolución del Comité de Ministros del 17 de septiembre de 1984, sobre una política coherente para la rehabilitación de personas minusválidas. No ha de dejarse de señalar la parca referencia que a la cuestión dedica la Carta Social Europea adoptada por el Consejo de Europa el 18 de octubre de 1961, ratificada por España el 29 abril 1980.

En el ámbito de la actuación de la C.E.E. es destacable la Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1986 (86-379-CEE) sobre el empleo de las personas minusválidas. También la Decisión del Consejo de 18 de abril de 1988 (88-231-CEE) por la que se adopta un Segundo Programa de Acción de la Comunidad en favor de los minusválidos (HELIOS)., continuando así lo iniciado el 27 junio 1974 (D.O. C 80, 9 julio 1974). Más recientemente la Resolución del parlamento Europeo, de 17 de junio de 1988 (D.O. C 187, 18 julio de 1988) , sobre lenguajes gestuales para sordos. Mas el problema de las Recomendaciones del Consejo es que no vincula y que la Asamblea de las Comunidades no ejerce los poderes de un parlamento en materia legislativa. En el ámbito fiscal disposiciones (Reglamentos y Directivas) en orden a eximir fiscalmente la importación de bienes en beneficio de personas minusválidas. En consonancia con las mismas el art. 74 de la Ley 30-85, del 2 de agosto, Impuesto sobre el Valor añadido, tras su modificación por Ley 31-90, de 27 de diciembre, establece un I.V.A. reducido en la adquisición de vehículos destinados a ser utilizados como autoturismos especiales para el transporte de personas con minusvalia en sillas de ruedas.

No es precisamente la presteza una virtud que haya acompañado la actuación española en la ratificación de Convenios. Así el 159, de 22 de junio de 1983, adoptado por la Oficina Internacional del Trabajo sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas no ha sido ratificado hasta el 17 de julio de 1990.

La complejidad de la materia relativa a la acción y protección social ha sido puesta de relieve por el Tribunal Constitucional (TC 95-86) en orden a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Mas en este momento parece pacífica la cuestión. Si bien mucha Comunidades han dictado disposiciones en el ámbito de la eliminación de las barreras arquitectónicas el resto de los sectores (educativo, asistencial,...) muestra grandes diferencias en razón de las respectivas competencias atribuidas por los Estatutos de Autonomía.

## 2. EJERCICIO DE DERECHOS

Se ha mencionado anteriormente que nuestra Constitución no reconoce un derecho fundamental estableciendo específicamente la plena integración de las personas

con discapacidades en la sociedad. Partiendo de que *«España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»* (art. 1.1. C.E.), establece como principio rector de la política social y económica que *«los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.»* (art. 49 C.E.). Mas tal principio rector tiene su plasmación en las normas declarativas de derechos cuyo ejercicio puede instarse ante los Tribunales.

El ejercicio de los derechos por sus titulares es una condición fundamental para el avance en el incremento de los mismos. Esta necesidad ha sido puesta de relieve en un texto de futura inspiración de la legislación nacional como son *«las normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para los niños, los jóvenes y los adultos impedidos»* elaboradas por un Grupo Especial de Trabajo de expertos gubernamentales bajo los auspicios del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas al objeto de ser presentado para su aprobación al cuadragésimo octavo periodo de sesiones de la Asamblea General en 1993. Aún siendo previsión de futuro, dado que constituye el ultimísimo trabajo internacional sobre la materia es interesante realizar una serie de consideraciones al hilo de alguno de sus puntos.

Tal cual señala el Informe del II periodo de sesiones, celebrado en Viena del 11 al 15 de mayo de 1992 *«no son obligatorias»* pero *«suponen un firme compromiso moral y político en nombre de los Estados»*. Establece que *«es responsabilidad de los Estados adoptar las medidas adecuadas para suprimir esos obstáculos»*. Mayor relevancia tiene su afirmación de que *«las personas con discapacidades y las organizaciones que los representan deberían desempeñar una función activa como participantes en ese proceso»*.

Precisamente esa función activa requiere como señala el Informe una *mayor mentalización*. Es indiscutible que el adecuado ejercicio de los derechos reconocidos en las leyes requiere su previo conocimiento. Por tanto es encomiable la afirmación de que *«Los Estados deben velar por que las autoridades responsables distribuyan información acerca de los servicios y programas disponibles a las personas con discapacidades, a sus familias, a los profesionales que trabajen en esta esfera y al público en general»* (38). Otro tanto respecto a que *«las personas con discapacidades y sus familias deben tener acceso a una información completa sobre sus derechos y sobre los servicios y programas disponibles»* (88a). Puede afirmarse que múltiples derechos reconocidos en las leyes no se ejercitan precisamente por su desconocimiento.

Nuestra Constitución parte de que la ley regulará *«la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten»* (art. 105, a). Tempranamente el Tribunal Constitucional (sentencia 18-81, 8 de junio) sentó que el citado artículo *«no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y Libertades Públicas hasta el momento en que se dicte una ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata»*. Ya la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 en su artículo 130.4., contemplaba la posibilidad de exponer su parecer en razonado informe por las entidades de defensa de interés general o corporativo. Tal precepto subsiste tras la promulgación de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo común

30-92, de 26 de noviembre por lo cual ha de ser interpretado de acuerdo con la realidad social de nuestro tiempo partiendo de la proclama constitucional. En consecuencia, a la vista de los artículos 9.2. y 105,a) de la Constitución el trámite del art. 130.4. LPA no es discrecional ni potestativo sino *obligatorio* (sentencia del tribunal Supremo en Sala de Revisión 25 setiembre 1989).

Por tal razón el aserto de que «*Los Estados deben procurar que las organizaciones de personas con discapacidades participen en la elaboración de la legislación nacional relativa a los derechos de las personas con discapacidades, así como en la evaluación permanente de esa legislación*» (122 final) no plantea especiales dificultades. Incumbe a las asociaciones representativas no descuidar su ejercicio. Mas la afirmación de que «*los Estados deben involucrar a las organizaciones de personas con discapacidades en todos los casos de adopción de decisiones relacionadas con planes y programas sobre personas con discapacidades o que afecten a su situación económica y social*» (118) es absolutamente sugestiva al llevar la participación a la planificación de la política de previsión establecida constitucionalmente (art. 49 C.E.).

Se prevé también que «*la legislación nacional debe estipular sanciones apropiadas en caso de violación de los principios de no discriminación*» (123). Aquí es importante reseñar que la Ley 20-91, de 25 de noviembre, de Promoción de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, del Parlamento de cataluña establece unas interesantes medidas de control más un amplio abanico sancionador (art. 18) que, de llevarse a efecto, puede ser conminatorio en el cumplimiento de la Ley permitiendo a los ciudadanos con minusvalías acceder a los edificios en situación parejo a los ciudadanos carentes de ellas. No establece la Ley una legitimación directa a los minusválidos o a sus asociaciones para denunciar su incumplimiento. Dada su imbricación con la normativa urbanística, al exigir el cumplimiento de la ley 20-91 en la concesión de licencias urbanística (art. 15), cabría plantearse si existe la acción pública sin necesidad de interés directo. Mas también cabría plantearse si los minusválidos o las asociaciones que los representan gozan de interés legítimo en el cumplimiento de los fines que determinaron su constitución en el caso asociativo y directo, en el plano individual, pudiendo, por tanto, no solo interponer las pertinentes denuncias por incumplimiento de la misma sino también impugnar la resolución administrativa de estimarla contraria a los principios de la norma.

El concepto de interés legítimo, a que se refiere el art. 162,1,b de la Constitución es más amplio que el de interés directo establecido en el art. 28,1,a) de la LJCA. Aquel ha de derivar de una norma jurídica, como ha sentado el T.C. en su sentencia 93-90, del 23 de mayo. Además es la posición de futuro del Anteproyecto de Ley del proceso contencioso-administrativo (art. 17,1,a.).

## BREVES NOTAS PARA EL DEBATE

La información facilita el ejercicio de los derechos. El cabal conocimiento de derechos a través del sistema escolar enriquece el funcionamiento de la sociedad. Se ejercitan los derechos que se conocen.

Necesaria intervención en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general que afecten o incidan sobre personas con disminución, tanto en el plano estatal como autonómico.

La inactividad de la Administración no tiene porque mermar los derechos de las



personas con disminución. Si las leyes exigen una determinada actuación para eliminar las barreras arquitectónicas, sancionando su incumplimiento, es preciso plantearse la existencia de un interés personal, directo y legítimo en su cumplimiento denunciando su quebrantamiento.

## BIBLIOGRAFIA SUMARIA

- Desarrollo y aplicación de las LISMI. Documentos 16-92, Dos tomos (en el primero se realiza una valoración por especialistas, mientras el segundo contiene una selección de texto normativos estatales y autonómicos). Ministerio Asuntos Sociales. Real Patronato de Prevención y Atención a las Personas con Minusvalías. Madrid. 1992.
- Disposicions sobre persones amb disminució . Departament de Benestar Social. Dret dels Serveis Socials, 3, Barcelona, 1992.
- Código de las Minusvalías. Dirigido por Santiago Muñoz Machado. Patrocinado por la ONCE. Editorial La Ley. Madrid. 1989.
- Grupo Especial de Trabajo de composición abierta encargado de elaborar normas uniformes sobre la equiparación de oportunidades para los impedidos. Viena, 11 a 15 de mayo de 1992. Documento AHWG/SRDP/2/4, 16 de junio de 1992.
- Regimen de Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Ministerio para las Administraciones Publicas. Colección informe y documentos. Serie Administración del Estado. Asistencia Social. Madrid. 1992.

# LA AVOCACION EN EL PROCESO DE REGULARIZACION DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

Celsa PICO

El inciso cuarto del apartado Tercero de la Resolución del 7 de junio de 1991 (BOE del 8 de junio) por la que se acuerda la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros sobre regularización de trabajadores extranjeros dispuso que los expedientes se resolverían de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52,2, párrafo cuarto, y 54.1 del Reglamento de Ejecución de la L.O. 7-85, de 1 de julio, aprobado por R.D. 1119-86, de 26 de mayo, mes decir por el Director General del Instituto español de Emigración y por el Secretario General-Director General de la Policía. Tal criterio ha sido reiterado en la Resolución de 9 de julio de 1992 aprobando las instrucciones para la renovación de los permisos de trabajo y residencia tramitados al amparo de lo establecido en el acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991.

En los mencionados artículos 52.2. y 52.4. se establece la competencia para conceder o denegar los permisos de trabajo y de residencia, respectivamente, a la Delegación Provincial de Trabajo y al Gobernador Civil. Al tiempo establecen la posibilidad de la avocación al Director General de Migraciones y al Director General de la Policía. Avocación en la insiste el punto 5 del apartado III de las Instrucciones sobre renovación de los permisos de trabajo publicado mediante Resolución del 9 de julio de 1991 de la Subsecretaria del Ministerio de Relaciones con las cortes y de la Secretaría de Gobierno (BOE del 11 de julio).

La avocación fijada en el proceso regularizador no es una cuestión baladí ni indiferente al trabajador extranjero que pretendiera acceder a la regularización. Hemos de partir de que la L.O.E. no establece el órgano competente para la concesión o denegación de los permisos de trabajo y residencia sino que la atribuye genéricamente a los Ministerios de Trabajo e Interior (arts. 13 y 15). Por lo que el uso de la avocación en la Resolución del 7 de junio de 1991 se fijó era una facultad permitida por el art. 4 de la, entonces, vigente Ley de Procedimiento Administrativo para aquellos supuestos previstos por las leyes. No era frecuente su uso aunque se previó en el campo urbanístico (art. 208.3 2 del texto refundido de la Ley del suelo de 1976). Actualmente el art. 14 de la Ley de Regimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, 30-92, de 26 de noviembre la regula con más detalle. Si bien no alcanza la precisión técnica que tiene, por ejemplo, la Ley 13-89, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y regimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña. Mientras ésta en sus arts. 43 y 44 establece la avocación para «un expediente o conjunto de expedientes específicamente concretados» con indicación de «las razones de excepcionalidad o de intereses general que motivan esta decisión», el art. 14 de la ley 30-92 se refiere en singular a «la avocación de un asunto». Parece prever una avocación singularizada en lugar de generalizada para un conjunto de asuntos. No obstante tal tenor literal cabría entender como posible la realizada para un conjunto de expedientes previa motivación del supuesto. En el caso que nos ocupa parece entenderse implícita la motivación en la necesidad de adoptar resoluciones homogéneas a partir de los criterios sentados por la Comisión «ad hoc» a que se refiere el punto 3.3. de la Resolución de 9 de junio de 1991.

Con tal marco legal las resoluciones denegatorias fueron dictadas primero por el

Director General de Migraciones que, tras la denegación, remitió el expediente al D.G. de la Policía que, con idéntica fecha dictó resolución denegatoria. Igual comportamiento se sigue al resolver los recursos de reposición, primero por la Dirección General de Migraciones, permiso de trabajo, y posteriormente, con idéntica fecha, por la Dirección General de la Policía.

Ambas resoluciones expresan, en el modelo impreso mayormente observado, que puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente. De lo vertido parece que las resoluciones remiten al T.S.J. del domicilio del demandado al no fijarlo expresamente en la resolución. No obstante es preciso acudir a las reglas procesales.

Las dos Direcciones Generales constituyen órganos de la Administración pública, cuya competencia se extiende a todo el territorio nacional. La Ley de la Jurisdicción Contenciosa establece la competencia para los Tribunales Superiores de Justicia del domicilio del demandante en los supuestos de actos dictados por órganos de aquella naturaleza en materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa (art. 9, b). Para el resto de las materias la competencia vendría atribuida al Tribunal Superior de Justicia en cuya circunscripción se hubiere dictado el acto originariamente impugnado (art. 11). Tal ha sido la posición del Tribunal Supremo en múltiples resoluciones resolviendo cuestiones de competencia entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sirvan de ejemplo el auto de 8 de junio de 1990 y las sentencias de 23 de enero de 1991 y 21 octubre de 1992). Resulta indiscutible que las competencias de los T.S.J. son, con arreglo a la Ley de Demarcación Y Planta (arts. 53 y 57), las que correspondían a las antiguas Audiencias Territoriales incrementadas con las fijadas en el art. 74 de la L.O.P.J. Dado que los órganos con competencia en todo el territorio nacional se ubican en Madrid la competencia se atribuye al T.S.J. de Madrid.

Ello puede implicar una desvirtuación de los principios de competencia establecidos en la L.O.P.J., respecto a que los Tribunales Superiores de Justicia culminaran la organización judicial en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma (art. 70). Tampoco se decanta por el fuero domiciliario general el Anteproyecto de Ley de reforma de la jurisdicción contencioso-administrativo elaborado tras la aprobación de la LOPJ.

La Sala de lo C.A. del T.S.J. Madrid elevó al Tribunal Constitucional, mediante auto del 25 de octubre de 1991, cuestión de constitucionalidad respecto a tal competencia «residual», la cual pende todavía. Insiste, certeramente, el citado Tribunal Superior de Justicia de Madrid en que el plus de competencia asignado al mismo desvirtúa los arts. 34 del E.A.V, 19 E.A.C y 46 E.A.C. Madrid de tal forma que extiende los efectos de sus decisiones al resto de las Comunidades Autónomas. Tal regulación legal no solo afecta al ámbito de extranjería sino a otras muchas en razón a la variada labor administrativa de muchas Direcciones Generales (por ejemplo la de Tributos, ámbito en el que se suscitó la cuestión antedicha) mas el uso de la técnica de la avocación si que ha resultado inusual y excepcional.

A partir de lo expuesto creemos que LA TECNICA DE LA AVOCACION, ciertamente permitida por la Ley, IMPLICA UNA ALTERACION SUSTANCIAL DE LAS COMPETENCIAS. Si en la sentencia 30-81, de 24 de julio, señaló el Tribunal Constitucional que el derecho a la defensa y asistencia de letrado; consagrado en el art. 24.2 «comporta de forma esencial que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar

su propia defensa», es obvio que el nombramiento de letrado ejerciente fuera de su domicilio o el mantenimiento del ejerciente en su domicilio pero que debe desplazarse a otra localidad para el ejercicio de la defensa afecta materialmente al ejercicio del derecho, fundamentalmente de un colectivo al que no se presume boyante por lo que acudirá, mayoritariamente, a la defensa por el turno de oficio con todos los efectos inherentes a la lejanía. No es lo mismo disfrutar de los plazos procesales en la propia demarcación que en otra, aunque hoy día existan modernas técnicas que faciliten la transmisión de documentos sobre cuyo uso se pronuncia la S.T.C. 11-1993, de 18 de enero al otorgar amparo.

No está de más recordar el pronunciamiento del T.E.D.H. de 13 de mayo de 1980, caso Artico, al establecer la necesidad de una «defensa efectiva» (33) como contenido del derecho de defensa del art. 6.3.c) del Convenio europeo.

# RESTRICCIÓN AL DERECHO DE ASILO: PROYECTO DE LEY DE MODIFICACION DE LA LEY 5-84

Comisión de lo Contencioso-Administrativo

## I. MARCO INTERNACIONAL Y CONSTITUCIONAL

Aunque el asilo es una cuestión con una indudable naturaleza política su plasmación jurídica conlleva una posibilidad de control jurisdiccional. Reputarlo derecho humano fundamental, para proteger al que huye por ser perseguido, necesitaría una más generosa regulación. No basta con afirmar que «en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país» (art. 14.1. Declaración Universal de Derechos Humanos).

Tanto la Ley 5-84, de 26 de marzo, como su proyecto de modificación presentado ante la IV legislatura, ya fenecida, han de enmarcarse no solo en el escueto contenido del inciso 4 del art. 13 de la C.E. que comporta un derecho de configuración legal («La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España»), derivado de las dificultades habidas en consensuar un texto más completo, sino también en las Convenciones e Instrumentos Internacionales suscritos por España. Así la por algunos llamada «carta fundamental de los derechos de los refugiados» o Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio 1951, el Protocolo adicional al Estatuto de los Refugiados aprobado en la Asamblea plenaria de la ONU de 16 de diciembre de 1966, a los que se adhirió España el 22 de junio de 1978. Sin olvidar la aplicación, cuando proceda, del Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentados en los Estados miembros de las Comunidades Europeas de 15 de junio de 1990 y del convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990 tendentes a evitar las solicitudes múltiples y el fenómeno de los refugiados «en órbita» o devolución de los mismos a países terceros (cuando ningún Estado se considera competente para resolver sobre una petición de asilo).

Sin duda alguna lo más significativo de las normas internacionales elaboradas en el ámbito de Naciones Unidas ha sido la definición del término refugiado (art. 1), a fin de evitar interpretaciones dispares entre los distintos países, y el asentamiento del principio de no devolución, «non-refoulement». Merced a éste último ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas (art. 33).

Su relevancia es tal que ambos principios no admiten la formulación de reservas por los Estados signatarios (art. 42). Tales afirmaciones son importantes en razón a que el Instrumento de Adhesión aprobado por las cortes, ( publicado en el BOE del 21 de octubre de 1989 ), realiza una serie de reservas entre las que incluye una interpretación al art. 26 —libertad de circulación—.

Más conviene ya adelantar que, ya en 1976, el entonces Alto comisionado para los Refugiados, Agha Khan, puso de relieve el problema de redacción del art. 33 en orden a no vedar taxativamente, una practica ahora muy extendida, el rechazo en frontera del solicitante de asilo.

Tales normas han subyacido en la legislación sobre los refugiados dictadas en las décadas de los cincuenta y sesenta por distintos países europeos ( Ley francesa de 25 de julio de 1952, Ley austriaca de 7 de marzo de 1968, Ley belga de 26 de junio de 1953 y

el Decreto de 22 de febrero de 1954, Ley alemana de 1 de septiembre de 1953, etc.). Análoga línea siguió la ley española 5-84, de 26 de marzo. De ésta conviene destacar la distinción entre la actuación reglada que significa la concesión del refugio, con arreglo a las obligaciones internacionales del Estado español, y el acto graciable practicado por el Estado en el ejercicio de su soberanía constitutivo del asilo. No obstante aún no existiendo un derecho a la obtención del asilo si se reconoce el derecho subjetivo a la solicitud del mismo (art. 1 ley 5-84 en relación art. 13.4. C.E.). El Proyecto de modificación al que nos venimos refiriendo suprime la referencia al acto graciable (art.2) lo que resulta positivo en orden al control de la legalidad de la actuación administrativa.

En el ámbito europeo un estado con fronteras absolutamente comunitarias como es el Reino Belga ha realizado sucesivas alteraciones sobre su legislación de acceso al territorio a lo largo de la década de los ochenta. La inicial ley de 15 de diciembre de 1980 fue modificada el 14 de julio de 1987 y el 18 de julio de 1991 al igual que los Decretos reales de 8 de octubre de 1981 y 28 de enero de 1988. Actualmente la exigencia de las condiciones del art. 1 de la Convención de Ginebra es absoluta así como la conmutación del derecho de acceso al territorio belga, ahora pretérito, por la facultad de penetrar en el territorio. Eufemísticamente denomina «extranjeros que se sitúan en la frontera» a aquellos solicitantes de refugio que no pueden entrar en el país mientras se resuelve sobre su petición. Permite mantener al candidato a refugiado en un lugar de «tránsito» situado en el interior del Reino o en lugar situado en las fronteras por término máximo de dos meses. Conviene destacar de la situación jurídica del demandante de asilo en Bélgica la intervención de los tribunales para permitir la asistencia de abogado en el procedimiento administrativo iniciado a consecuencia de su solicitud.

Los efectos derivados de la constitucionalización del asilo como derecho subjetivo en la República Federal Alemana y una cierta indeterminación de algunos aspectos de las normas internacionales ha conllevado en los noventa un movimiento legislativo en el orbe desarrollado tendente a restringir aun más el acceso al territorio nacional de ciudadanos de terceros países, fundamentalmente de los económicamente subdesarrollados y superpoblados, provocador de lo que Pierre Paringaux ha denominado «crispación de occidente». Tal movimiento legislativo no ha tenido lugar solamente en Europa y los E.E.U.U. sino que Canadá ha visto contestada la constitucionalidad de la nueva Ley sobre inmigración adoptada el 17 de diciembre de 1992. La modificación del art. 16.2 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 es paradigmática en este sentido eliminando el asilo como derecho subjetivo, cuando en la Conferencia de Ginebra de 1977 sobre el asilo territorial fue precisamente la República Federal la propulsora de reconocer el derecho de asilo como derecho subjetivo, lo que fue rechazado ampliamente. Ahora se insiste en la exacta definición de refugiado aprobada en la Convención de la O.N.U. de 1951 reduciéndola a motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, excluyendo el llamado «refugiado económico» o extranjero en busca de mejores condiciones de vida y trabajo.

Mientras tanto Francia ha tenido también una situación agitada en lo tocante a la entrada y estancia de extranjeros. A consecuencia de la anulación por el Consejo Constitucional el 28 de julio de 1989 del recurso ante un órgano judicial en el supuesto de reconducción a la frontera de un extranjero hubo de dictarse la ley 90-34, de 10 de enero introduciendo en la vieja Ordenanza de 2 de noviembre de 1945 un recurso ante el juez administrativo. Mas, en miras a la entrada en vigor del Convenio de Schengen, ha comportando un bienio 1992-1993 sumamente productivo de normas tras la decisión 91-294, de 25 de julio de 1991, del Consejo Constitucional aprobando la Convención de aplicación del acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985. Así la Ley 92-190, del 26 de febrero modificando, otra vez, la ordenanza 45-2658, de 2 de noviembre de 1945 sobre las condiciones

de entrada en Francia de extranjeros, extendiendo la responsabilidad por la entrada a las empresas transportistas, lo que se desarrolla en el Decreto 93-180, de 8 de febrero de 1993. Mas interesante resulta la ley 92-625, de 6 de julio de 1992, sobre las zonas de espera en los aeropuertos y puertos reservadas a los extranjeros a los que no se permite acceder a Francia, desarrollada por el Decreto 92-1333, de 15 de diciembre de 1992. De forma breve destacar que tales zonas han de asegurar a los extranjeros prestaciones de tipo hotelero y que la permanencia máxima es de 48 horas, renovables otras 48 horas, por decisión motivada de un funcionario, al menos con la categoría de Inspector (art. 35 quater). La permanencia por 8 días ha de ser acordada por el Presidente de un Tribunal de Grand Instance (art. 35 quater) en un procedimiento contradictorio verbal con posibilidad de apelación. En todo el procedimiento se tiene derecho a asistencia letrada de oficio e interprete, si fuere necesario. Mencionar que la producción de esta última ley fue propiciada por el Consejo Constitucional al anular, al elevar consulta el Primer Ministro, mediante DC 92-307, del 25 de febrero el art. 8 de la ley 92-190, de 26 de febrero, permitiendo el mantenimiento de un extranjero en zona de tránsito durante 20 días, prorrogables por otros 10 con autorización del presidente del tribunal administrativo. Obviamente fue rechazado el criterio de extraterritorialidad del territorio así como el que no afectara a la libertad personal del extranjero.

Ante este panorama no es de extrañar que la Exposición de Motivos del Texto remitido por el Congreso de los Diputados al Senado español el 17 de marzo de 1993 afirme que « se suprime la doble figura de asilo y refugio con estatutos diferenciados, dualidad que no se deriva en modo alguno de las exigencias de protección a los extranjeros víctimas de persecución y que se ha revelado como una fuente de confusión y abusos».

En cierto sentido es cierta tal afirmación ya que el art. 1 de la Convención de Ginebra de 1951 no se limita a proteger al disidente político sino al perseguido por razón de religión, raza, etc. No era preciso plagiar las Constituciones francesa, italiana o portuguesa reconocedoras de asilo al ciudadano perseguido por su acción en favor de la libertad o del ejercicio de las libertades democráticas. Si España «propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1.1. C.E.) resulta obvio aplicar tales principios al tiempo de examinar las peticiones de asilo.

## II. SOLICITUD DE ASILO EN LA FRONTERA

El art. 5.1. de la ley vigente prevé que la solicitud de asilo por un extranjero impide su expulsión mientras no se resuelva su petición mientras el proyecto de modificación del citado artículo amplía las garantías del mismo al comprender también la imposibilidad de rechazo en la frontera si bien no solo hasta tanto se haya resuelto la petición sino también hasta que se dicte la inadmisión a trámite de la petición. Supone una restricción el que el Proyecto suprima la admisión provisional en territorio español del solicitante de asilo tal cual esta prevista en la Ley 5-84 (art. 5.1). Ello conlleva, en tal redacción, la privación de contenido del artículo sexto del Reglamento relativo a la expedición de un documento provisional de identidad que habilita al solicitante a permanecer en territorio español hasta tanto se resuelve aquella.

Mas ya hemos visto la situación francesa. Hasta la promulgación de las normas citadas anteriormente el permiso de residencia provisional al solicitante de asilo tenía una validez inicial de un mes renovable por tres meses al vencimiento del término de no haber resuelto la Administración con sucesiva posibilidad de prórroga. La postura que suscita la Administración española corre pareja con su homologa francesa.

Las circunstancias que determinan la inadmisión a trámite no carecen de lógica en

orden a agilizar la obtención del asilo (art. 5,6). Mas *la resolución motivada que debe dictar el Ministerio del Interior no debería limitarse a reseñar como causa determinante de la inadmisión a trámite el texto literal de las causas*, tal cual es práctica habitual de la Administración al denegar pretensiones en un ámbito próximo como es el de los permisos de trabajo previstos en la L.O.E, lo que fue objeto de anulación de resoluciones por el Tribunal Supremo por falta de motivación (sentencia de 27 de febrero de 1990) o en visados de reagrupamiento familiar (S.T.S. 1 de octubre de 1992). A fin de evitar la arbitrariedad (art. 9.3. C.E.) y garantizar al máximo el control de la discrecionalidad por los tribunales de la actuación administrativa con arreglo a la ley (art. 103.1 C.E.) y el derecho a la tutela efectiva (art. 24 C.E.) *es preciso una motivación material y no meramente formal*. Es decir expresar, siquiera someramente, el delito contra la paz o la humanidad cometido con indicación de tiempo y lugar, la razón para reputar falso o inverisomil los datos o hechos alegados, etc.

Hasta el presente proyecto de reforma España no parecía formar parte de los Estados que rechazan masivamente demandas de asilo bajo el argumento de «claramente abusivas» o «manifiestamente infundadas» aspectos ya denunciados por el ACNUR en 1982 y 1983 (conclusiones 28 y 30) exigiendo que, a fin de no conculcar el Convenio, tal decisión fuera tomada por la autoridad competente para determinar el Estatuto de Refugiado. Ambos conceptos son «juridicamente indeterminados» lo que provoca la necesidad de una interpretación. Para el A.C.N.U.R. en su Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié (H.C.N.U.R. Ginebra, 1979) al demandante de asilo hay que concederle el beneficio de la duda, comprendiendo en ello el saber si una demanda es manifiestamente abusiva o mal fundada. Mas, obviamente, tal Manual carece de eficacia en nuestro ordenamiento interno aunque su lectura sea sumamente instructiva en orden a una pretendida posición unívoca protectora del perseguido. Por su parte en el anexo a la Recomendación 81-16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 5 de noviembre de 1981 insta a que el demandante de asilo reciba un derecho de residencia temporal cuando no se determine que su demanda está manifiestamente infundada. En el plano jurisdiccional no es absolutamente nuevo el trámite de inadmisión por falta de fundamento (art. 1809 y 1710 Leci, art. 100 LJCA). Tampoco en el ámbito de la justicia constitucional (art. 50 L.O.T.C.) en que el Tribunal Constitucional puede rechazar, previa audiencia de las partes, una demanda por falta de fundamentación (interesante el A.T.C. 205-85 respecto al significado del trámite de inadmisión cuando una demanda no esté minimamente fundada).

Mas los plazos marcados para la resolución de inadmisión a trámite de la solicitud por la autoridad gubernativa son extremadamente breves para la habitual practica administrativa española, aún teniendo en cuenta la reducción de plazos establecida, ilusoriamente, por la Ley 30-92, de 26 de noviembre, de Bases del Regimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del procedimiento administrativo común (art. 42). Reduce el proyecto el actual plazo reglamentario de quince días (art. 10.2. Decreto 511-85) a cuatro a partir de la solicitud, período de tiempo durante el que será informado el representante en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados que podrá entrevistarse, si lo desea, con el solicitante. *Tal brevedad de plazos puede comportar el riesgo de resoluciones estereotipadas con merma en los derechos del ciudadano extranjero*. No obstante es absolutamente loable la entrada en juego del silencio positivo por la falta de resolución o de notificación en plazo (párrafo final apartado séptimo, art. 7), trayendo a este ámbito los nuevos aires de la ley 30-92.

Aunque en el procedimiento administrativo español la asistencia letrada es absolutamente voluntaria la Ley, en este ámbito no alterada por el Proyecto (art. 5.4), reconoce el derecho a la asistencia letrada al solicitante de asilo, derecho del que es instrui-



do por la autoridad a la que se dirigiera aquel. Tal situación debe perfeccionarse. Es indudable la necesidad de una adecuada especialización letrada a fin de no provocar situaciones materiales de desamparo como las que, actualmente, se detectan en el procedimiento ordinario de extranjería sustanciado ante los tribunales de lo contencioso-administrativo.

Se echa en falta alguna previsión legal sobre la utilización de interpretes y su eventual configuración como derecho a favor del solicitante de asilo.

Suscita serias dudas la constitucionalidad de la «permanencia en frontera» por espacio de 4 días sin intervención judicial, en razón a que la detención preventiva no puede durar más de 72 horas (art. 17.2. C.E.). Vemos que la ley plagia de golpe la legislación francesa que permite dos plazos sucesivos de 48 horas. Quedó claro para el Tribunal Constitucional (STC 115-87, de 7 de julio) la necesidad de autorización judicial para prolongar hasta 40 días el internamiento del ciudadano extranjero que se pretenda expulsar. Por tanto cualquier prolongación de la llamada «permanencia en frontera» más allá de las 72 horas requeriría autorización judicial.

### III. EFECTOS DE LA RESOLUCION DENEGATORIA

El proyecto amplía en su art. 17 los efectos de la resolución denegatoria. En el momento actual solo cabe como medida sancionadora la expulsión del solicitante de asilo al que se le hubiera denegado y hubiera entrado ilegalmente en España. De no haber entrado ilegalmente se halla en las mismas condiciones que cualquier otro extranjero para obtener autorización de residencia y trabajo a solicitar dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la resolución (art. 20 Decreto) El proyecto recoge una medidas ya previstas en la legislación general sobre extranjería, como la salida obligatoria y rechazo en frontera, según los casos, para los supuestos de inadmisión a trámite o denegación de solicitud.

Sin embargo, por razones humanitarias y en el marco general de la L.O.E. prevé el proyecto pueda autorizarse la permanencia de solicitantes a los que se hubiere denegado o inadmitido su solicitud. Se trata de un aspecto que queda excesivamente en manos de la practica administrativa dada la indeterminación de las «razones humanitarias».

La adición de un apartado tercero al art. 17 permite recoger expresamente en la ley el principio de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados acerca del «non refoulement». No era, en absoluto, preciso, dada la eficacia de los tratados en España (art. 96 C.E.).

### IV. RECURSOS

En orden a los recursos el Proyecto considera que agotan la via administrativa las resoluciones previstas en el mismo siendo recurribles en via contencioso-administrativa. Matiza que en el caso de petición de reexamen de inadmisión a trámite de la solicitud será aquella y no ésta la que ponga fin a la via administrativa.

El derecho de asilo no se encuentra en la Sección I del capítulo II del Título I de la Constitución, sin perjuicio de lo cual el art. 24 en la redacción de 1984, que se mantiene en el Proyecto, afirma expresamente la recurribilidad de los actos con arreglo a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, ley 62-78.

Por tanto no parece que la legislación española se alinee con aquellas que han sido objeto de critica por el ACNUR ante la falta de un «recurso efectivo» jurisdiccional o no frente a la denegación del asilo.

# LOS INCAPACES: INCAPACITACION E INTERNAMIENTO

Comisión de Derecho Privado

## JUSTIFICACION DEL TRATAMIENTO DE LOS INCAPACES COMO MINORIA

Partiendo de la definición legal de incapaz como la persona cuyas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas de carácter persistente le impiden gobernarse por sí misma, (artº 200 del Código Civil), y siendo evidente que tales circunstancias sólo afectan a un pequeño porcentaje de la población, parece obvio que dicho colectivo ha de tener la consideración de minoría; pero si además valoramos que dichas personas, no obstante tener reconocida su dignidad personal y derechos inherentes, entre los que se cuenta el de desarrollar libremente su personalidad, (artº 10 C.E), ven normalmente limitada cuando no suprimida su capacidad jurídica y de obrar y su libertad personal, que difícilmente, dada su condición y dispersión, pueden agruparse en asociaciones o grupos de interesados, que son los grandes olvidados de la reforma sanitaria, y que ni siquiera pueden ser destinatarios de las campañas electorales, necesariamente hemos de concluir que a su cualidad de minoría es preciso añadir la de marginal; es decir, no sólo no han interesado históricamente a los poderes públicos, si no que la propia sociedad raramente se vuelve hacia ellos si no es para reclamar medidas coercitivas y represoras, más manicomios y encierros de por vida, así como para interesar se les prive de las más elementales posibilidades de realización personal.

Por supuesto que la problemática de ese colectivo no sólo tiene su reflejo en la actividad jurisdiccional, y ni siquiera sería ése su aspecto primordial, pero hemos de reconocer en cualquier caso, y sobre todo ante la pasividad de otros profesionales e instituciones implicados, (médicos, seguridad social, asistentes sociales, ayuntamientos, comunidades autónomas, etc), que la intervención del Juez en todo lo que atañe a la incapacitación, su proceso, internamiento en centro especializado, control de los organismos tutelares, etc, es fundamental para procurar devolver a esas personas la dignidad de la que son acreedores.

Si bien por nuestra condición de jueces, mayormente interesados en los aspectos jurídico-privados, limitamos el contenido de la presente comunicación al análisis de la intervención judicial en la materia, con sus connotaciones de todo tipo, no podemos olvidar que otros poderes e instituciones del Estado tienen una responsabilidad ineludible en la cuestión a la que sólo en ocasiones atienden. Es a nuestro juicio evidente que la red pública sanitario-psiquiátrica es insuficiente, careciendo de sentido la exclusión de esas patologías de la estructura hospitalaria de la seguridad social; las instituciones de las administraciones autonómicas y provinciales competentes se encuentran por lo general desbordadas por el número de enfermos a su cargo; la asistencia social de los ayuntamientos, cuando existe, elude habitualmente cualquier responsabilidad en la materia; y, en general, las previsiones legales al respecto, no obstante la plausible reforma de 1.983, resultan insuficientes para afrontar todos los problemas que se presentan en este ámbito.

Precisamente debido a esas carencias estructurales, y a la posición de garante de la dignidad personal y de los derechos fundamentales que tiene el Juez, la responsabilidad de éste, tanto en los procedimientos de internamiento, como en los de incapacitación, es enorme, y por ello la presente pretende sobre todo hacer un llamamiento a los miembros de la carrera judicial y fiscal para que sean conscientes de la gravedad

de los intereses en juego, y eviten cualquier ligereza en la tramitación, resolución y ejecución de los expedientes a su cargo, ello con independencia de proponer determinadas interpretaciones y reformas legislativas que consideramos de interés, así como, en la medida de lo posible, tratar de sensibilizar a los demás colectivos, que bien de forma primordial o tangencial, estén implicados en la socialización de las personas afectadas por las enfermedades antes citadas.

## PROCESO DE INCAPACITACION Y ORGANISMOS TUTELARES

### A) Proceso de incapacitación

Justificación del nuevo cauce.- La Ley 13/83 aprovechó la reforma de la tutela para articular un sistema de incapacidades de la persona más ordenado desde el punto de vista legislativo y más acorde con las exigencias que demanda la Constitución, al proclamar el principio de dignidad personal (art. 10 CE) como uno de los fundamentos del orden político y la paz social, y que cuadran mal con el sistema anteriormente vigente que tenía su base en un simple expediente de jurisdicción voluntaria donde las garantías del demandado cuya incapacidad se pretendía resultaban muy disminuidas por la falta de un auténtico proceso contradictorio. La gravedad de la decisión judicial en cuya virtud se priva a una persona de una parcela importante de su libertad personal, exige un tipo de proceso cuya versatilidad permita exponer a todos los implicados (familiares, presunto incapaz, Ministerio Fiscal) sus razones y argumentos en favor o en contra de tan importante decisión; se trata de buscar las mayores garantías para que el Juez pueda adoptar una decisión bien fundada, en beneficio del propio sujeto cuya incapacitación se pretende, y que no hay que olvidar que constituye el norte de todo este procedimiento. Dicho procedimiento actualmente es el menor cuantía, con exclusión de la posibilidad de allanamiento y transacción, tal como establece el artículo 484.2 LEC, tras la reforma llevada a cabo por la ley de 6 de Agosto de 1.984, convirtiendo en definitivo el procedimiento transitoriamente señalado por la disposición adicional de la Ley 13/83.

No obstante este tipo de procedimiento plantea también problemas, como es su presumible lentitud y alto costo. A pesar de estas dificultades en el proceso de incapacitación el Juez debe de colocarse en una posición alejada de la tradicional consideración del proceso civil y de sus principios de justicia rogada y aportación de parte, sino acudir a principios si se quiere propios del proceso inquisitivo, como son los de oficialidad de la acción e investigación de oficio. Actualmente el Código Civil contiene una serie de normas de carácter procesal que ponen de manifiesto la disociación entre dicho texto legal y la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante las críticas que pudiera sufrir la reforma operada, no disminuyen el acierto de haber abordado de forma sistemática, unitaria y globalizada el tema de la incapacitación.

Si alguna materia exige actualmente una creación de un proceso específico y nuevo es precisamente la incapacitación, pues los especiales principios en los que se apoya el proceso de incapacitación se derivan entre otros de la serie de medidas, de cautelas, o de instancias que de forma más o menos intensa afectan al actual proceso para garantizar y proteger los derechos y libertades del presunto incapaz y las amplias facultades concedidas al Juez en aras de lograr la verdad material, y más cuando en este tipo de proceso no existe un interés privado contrapuesto, sino un interés público con relación a la capacidad de los ciudadanos. Por ello se hace preciso articular un proceso nuevo, integrado dentro del ámbito de la Ley de Enjuiciamiento Civil preferentemente, en

el que aprovechando las experiencias de estos años en la tramitación de los procesos de incapacidad y los desajustes que dicha tramitación ha supuesto y manteniendo como básicas las garantías conseguidas en la reforma operada por la Ley 13/83 en favor de la persona cuya incapacidad se pretende, se articule un cauce procesal separado de los principios clásicos del proceso civil, que quizás podría tomar como base el juicio de menor cuantía, pero en todo caso debería tratarse de un juicio contradictorio, en el que se parta de la necesidad de agilización, flexibilización y concentración de trámites que eviten la duración desmedida del proceso, en especial en los casos de incapacidad palmaria, así como se proceda a una potenciación del control judicial, a través del impulso de oficio y la investigación sin sometimiento al principio de justicia rogada, con acortamiento de algunos plazos actuales y mantenimiento de las funciones inquisitivas del Juez con la finalidad de buscar la verdad material y la defensa de la persona cuya incapacidad se insta. No obstante, esto no es nada más que un deseo de futuro, por lo que es conveniente ver, siquiera sea de forma somera, los principales problemas que actualmente plantea la normativa existente y dar una interpretación de los mismos en clave garantista y de acuerdo con los principios constitucionales.

Aspectos más destacados del proceso actual que lo diferencian del juicio ordinario de menor cuantía. - 1. - *Competencia territorial*: Corresponderá al Juez de Primera Instancia del domicilio o residencia habitual del demandado. Dada las especiales características del proceso y la necesidad de garantizar al máximo la posición del presunto incapaz, así como dado el carácter imperativo del necesario examen judicial del demandado, éste debe de ser personal por parte del Juez que esté conociendo el proceso, sin que por regla general sea admisible el examen por parte de otro Juez por medio de exhorto del mismo, que deberá quedar limitado a los casos menores posibles, por todo ello hay que considerar como no aplicables las normas de sumisión expresa o tácita previstas en la LEC.

2. *Demanda*: La misma debe de estar desprovista de toda formalidad, sin necesidad de sujeción completa a los requisitos del artículo 524 LEC, pues el propio Código Civil no se refiere a demanda en su sentido técnico formal, sino que habla de «promover» (art. 199), o «solicitar» (art. 203.2), por lo que la comprobación inicial deberá ir referida a la legitimación del demandante.

3. *Legitimación activa*: Puede hablarse de una doble legitimación activa, una privada, atribuida al conyuge y a los parientes que señala el artículo 202 y otra pública que se encomienda al Ministerio Fiscal en una función de protección del presunto incapaz:

a) privada: el artículo 202 la concede al conyuge y descendientes y en su defecto a los ascendientes y hermanos; en principio el principal problema deriva de la expresión «en defecto», en el sentido de entender que la misma impone un orden de preferencia u otro cumulativo. Parece más adecuado a la protección del incapaz que se interprete, en orden a la legitimación para interponer la demanda en el sentido de un orden cumulativo, de forma que cualquier pariente de los señalados pueda solicitar la misma sin tener que quedar vinculado por el carácter preferente para el conyuge o descendientes, pues el posible exceso debe de quedar posteriormente limitado por la audiencia a todos los parientes y el resto de la tramitación del proceso. Dentro de la legitimación del conyuge, habría que interpretarlo en un sentido amplio igualmente, de forma que por esta vía puedan ser incluidas las solicitudes derivadas de parejas de hecho, tanto hetero como homosexuales, pero en todo caso, si se negase dicha legitimación por el concreto carácter de la palabra «conyuge», para estos casos queda abierta la vía del artículo 204 C.c.

b) pública: la misma corresponde al Ministerio Fiscal, aunque subordinada de forma amplia a la inexistencia de familiares, lo que determinaría una situación de desamparo del incapaz, o ante la inactividad de los parientes del artículo 202, sin que en estos casos sea necesario una situación de desamparo, sino que puede venir determinada por otras causas, como falta de información o de medios económicos para la incoación del proceso de incapacitación. Tal actuación del Ministerio Fiscal es un auténtico deber que se le impone que tiene su base en un interés general o público en que se declara la incapacitación, en aras a la seguridad del tráfico jurídico, la indisponibilidad de algunos bienes de la personalidad del incapaz o el control judicial de la actuación de los parientes en relación al incapaz y en beneficio de éste.

Junto a estas dos formas existe un deber de los funcionarios públicos de poner en comunicación del Ministerio Fiscal todos aquellos casos en los que exista una posible causa de incapacidad, siempre que la misma haya sido conocida por razón de su cargo, y una facultad de cualquier otra persona (art. 204) de poner en comunicación del Ministerio Fiscal los hechos. En este último caso no se trata de una acción pública, la cual no puede ser considerada como deseable, dado que la finalidad de protección se le encomienda al Ministerio Fiscal y por ello basta con poner en conocimiento de éste los hechos para que desarrolle la actividad necesaria cuando concorra causa suficiente para ello.

4. *Emplazamiento*: el mismo se hará como norma general siguiendo lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero deberán ser tenidas en cuenta las siguientes circunstancias: se suspenderá el curso de la demanda, e incluso su admisión a trámite, hasta que se produzca el nombramiento del defensor judicial en los casos que sea necesario, y el emplazamiento se hará tanto al demandado como a la persona designada defensora judicial; el preceptivo la demanda al Ministerio Fiscal cuando la acción la ejercite un particular, y en caso de faltar esta demanda, deberá ser subsanado el defecto, ordenando de oficio el emplazamiento del Ministerio Fiscal, aunque no lo pidiera el demandante.

5. *Comparecencia del artículo 691 LEC*: la misma debe de mantenerse, pues sigue siendo un instrumento válido para subsanar defectos procesales, pero limitando la misma a este extremo, sin que exista la posibilidad de que las partes se pongan de acuerdo, pues está prohibido el allanamiento o la transacción en los procesos de incapacidad, ni concretar los hechos de debate, pues esta concreción no se efectúa sino después de la prueba y queda definitivamente fijada en la sentencia; por último, se recibirá el pleito a prueba aunque ninguna parte lo haya solicitado.

6. *Prueba*: en esta materia es donde existen las mayores diferencias y donde más acusado se da el carácter de proceso inquisitivo y con amplias facultades del Juez. El artículo 208 impone en todo caso la necesidad de examinar personalmente al incapaz por el Juez, oír el dictamen de un facultativo y oír a los parientes más próximos del presunto incapaz; además de ello, el Juez puede decretar de oficio en la fase probatoria cuantas pruebas estime pertinentes. El artículo citado impone en consecuencia al Juez una serie de actuaciones, so pena de nulidad, en garantía del proceso de incapacitación y en suma del presunto incapaz; algunas de estas actuaciones pertenecen al campo de la prueba, pero otras, como el examen del presunto incapaz, constituye un requisito de fondo previo a determinada decisión que no puede ser calificado ni como trámite procesal ni como prueba, tal y como lo define la STS de 20 de Febrero de 1.989. Es en este artículo donde se desvirtúa totalmente el principio dispositivo, de aportación de parte y de verdad formal que rigen el proceso civil, en aras de la búsqueda de la

verdad material de la incapacitación y en este mismo artículo el que da las más amplias facultades al Juez para el efectivo control judicial del proceso, el cual no puede ser dejado de lado, sino que necesariamente debe de ser empleado con el máximo rigor para obtener una evidencia de la incapacidad y la mayor garantía posible para el demandado, y para ello debe de pasarse por una efectiva intermediación, importante siempre en todo proceso, pero más en un proceso de incapacitación pues dicha declaración tiene un importante componente de apreciación personal. Vamos a pasar a analizar cada una de estas pruebas «legales»:

a) Audiencia parientes: es evidente que el resultado de la audiencia no es vinculante para el Juez, pero si ayuda a formar la oposición de éste; en la misma deberá indagarse por el Juez todas las circunstancias precisas para una mayor concreción y dicha prueba no puede estar encorsetada en los habituales interrogatorios de preguntas o repreguntas del proceso civil, sino que al contrario, debe de ser abierta en las preguntas, más semejante a un interrogatorio penal. Esta prueba no puede ser calificada como de testigos y además el Juez tiene suficiente arbitrio y libertad para oír a todos aquellos parientes que considere oportunos, y entre los mismos deben de incluirse los parientes que promovieron el incidente, con el fin de contribuir entre todos a que se logre el conocimiento de la exacta realidad y la plena convicción judicial.

b) Examen del incapaz: se establece como una garantía para evitar abusos cuya realidad puede ser percibida por un profano en medicina como el Juez. Este examen debe de ser considerado como una entrevista que debe ser conducida por el Juez y que no necesita orientaciones periciales ni directrices psiquiátricas, de forma que se cumpla plenamente con la finalidad de obtener por parte del Juez una percepción sensorial inmediata de las circunstancias y situación real del presunto incapaz. El examen del presunto incapaz constituye un requisito esencial del procedimiento de incapacitación, con dimensión de garantía constitucional, donde el Juez no describe hechos, como en la prueba de reconocimiento judicial, sino que emite una opinión, pero absteniéndose de definir. La importancia de esta prueba es tal que el Tribunal Supremo ha extendido la práctica de la misma a los Tribunales de Apelación, y así en las SSTs de 2 de Febrero y 12 de Junio de 1.989 señala «que el Tribunal de Apelación puede formar una opinión distinta a la del Juez, pero no sin haber examinado, como el Juez hizo al demandado, si ha de declarar su incapacidad», y al no hacerlo, continúan dichas sentencias «se quebrantó una garantía procesal, un mandato sustantivo legal, que supone un requisito esencial previo a la declaración de incapacidad y un principio constitucional, en cuanto al quebrantamiento de la forma y la infracción de la Ley sitúan al demandado en indefensión, al no ser visto, oído ni observado por el Tribunal».

c) Dictamen de un facultativo: se trata de una auténtica prueba pericial en este caso, pero con la característica especial de que el facultativo que emite el dictamen es designado directamente por el Juez sin intervención de las partes en dicha designación; la misma no excluye que las propias partes designen sus propios facultativos para el examen del demandado. En todo caso, la ley no determina qué tipo de facultativo debe emitir el dictamen, por lo que habrá que acudir a cada caso concreto, sin perjuicio de que dicho informe pueda ser realizado por diversos especialistas de distintos órdenes de conocimiento (psiquiatra, psicólogos, médicos, equipos multidisciplinares).

7. *Sentencia:* Con carácter previo es necesario señalar que solo las sentencias dictadas por Juez civil competente y a través del proceso de incapacitación introducido por la L 13/83, produce el efecto general de declarar la incapacidad de una persona; las sentencias que se dicten en los órdenes jurisdiccionales penal, social o contencioso

y en las que sea preciso efectuar algún tipo de declaración sobre la capacidad de una persona no produce la consideración del mismo como incapaz, sino exclusivamente los efectos derivados para dicho orden jurisdiccional. El órgano jurisdiccional, cualquiera que sea su instancia, no queda vinculado al fallar al alcance del *petitum* de la demanda, de forma que los hechos y los efectos no se determinan con los escritos expositivos de las partes, sino que se fijan de forma definitiva en la sentencia firme en atención a la graduación que en la misma se efectúe. Esta sentencia no produce efectos de cosa juzgada, pues el interés general de la inmutabilidad de las resoluciones judiciales quiebra ante la eventual lesión de un atributo de la personalidad, de forma que dicha declaración podrá ser modificada cuando varíen las causas que originaron la misma (art. 199, 200 y 212).

8. *Determinación de la extensión y límite de la incapacitación*: con la sentencia desaparece la presunción de capacidad y el grado de incapacidad debe de ser fijado de forma expresa en la sentencia que se dicte. La graduación deberá realizarse por el Juez en atención al caso concreto y al mayor o menor discernimiento detectado por el Juez, pues no todas las formas de incapacidad tienen el mismo grado y alcance, pues dependerá de las condiciones personales o del tipo de enfermedad de que se trate. Oscilará entre una incapacidad de grado máximo, para toda actividad jurídica del incapaz, hasta otros grados inferiores, en los que será necesario determinar qué actos podrán ser realizados o no por el incapaz, bastando una designación de rasgos generales y evitando enumeraciones exhaustivas. En caso de falta de determinación concreta, habrá que entender que la extensión vendrá determinada por la forma de guarda establecida para el menor, de conformidad con la regulación del Código Civil sobre patria potestad o tutela.

## B) Organismos tutelares

Es una exigencia impuesta por la lógica y por la ley que el declarado incapaz quede sometido a una institución protectora o de guarda; un estado de menor capacidad requiere un guardador, con la finalidad de proteger mediante dicha institución de guarda estable a quien no es capaz de gobernarse por sí mismo. En la actualidad, después de la reforma de la tutela por la L 13/83, por el legislador se ha procedido a recuperar la prioridad de la persona, en base a los artículos 10, 39 y 43 (CE) frente al antiguo predominio del enfoque patrimonialista. Esta prioridad se manifiesta en los organismos tutelares, y ellos deben de ser entendidos no en el sentido estricto tradicional (tutela o curatela), sino que deben de ser interpretados de forma amplia, como todas aquellas personas públicas o privadas que la nueva regulación prevé para un efectivo control de la incapacidad y en garantía del incapaz, tanto antes como después de la declaración del mismo; por tanto, habrá que entender comprendido en este ámbito tanto a los organismos tutelares estrictu sensu como al Ministerio Fiscal, en su función de protección encomendada en su Estatuto Orgánico, como al defensor judicial, como y especialmente al Juez, pues sobre el mismo se centra en la regulación actual la especial función de garantía de los derechos del incapaz, tanto en su función de control de las instituciones de guarda como en su función de permanente interés hacia el incapaz.

A) Régimen tutelar estricto: el mismo queda limitado en especial al nombramiento de tutor (art. 215) o a la rehabilitación de la patria potestad (art. 171). La regulación legal del régimen de estos organismos tutelares no ofrece duda por su configuración en el Código Civil. Es conveniente, en aras a una mayor celeridad en la protección del incapaz, pues hasta la constitución del régimen está sometido a una actuación provisio-

nal del defensor judicial, que la constitución del régimen tutelar se establezca en la misma sentencia. No ofrece dudas este extremo con relación a la rehabilitación de la patria potestad, por imperativo del artículo 171 C.c.. Mayores dificultades se dan para la constitución de la tutela, pues la misma debe de tramitarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria; no obstante existe una corriente favorable entre jueces y fiscales a que en la propia sentencia se determine el nombre del tutor para su inmediata aceptación y efectivo inicio de su deber tutelar. Algunos Juzgados y Audiencias sin embargo se oponen a esta posición y consideran que no corresponde a la sentencia sino la determinación del tipo de institución de guarda y la designación de la persona concreta deberá de hacerse en el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria. Esta segunda postura ofrece más problemas, pues supone un alargamiento del trámite y un aumento costes del mismo, manteniendo una situación de interinidad en la defensa del incapaz que en nada favorece a éste, sin que existan aspectos positivos que justifiquen la tramitación de un proceso separado. En todo caso, y para aquellos supuestos en los cuales exista un criterio contrario en la Audiencia, debe de acudir por el Juez a mecanismos alternativos de similar eficacia, si bien de carácter provisional en todo caso, como es la designación de un defensor judicial, adopción de medidas cautelares en base al artículo 209 C.c., o nombramiento de un guardador de hecho. Igualmente, en el caso de que se lleve a cabo la designación y en aras siempre a la protección del incapaz, citar a todos los parientes o personas relacionadas con el incapaz (directores de centros de educación especial, educadores) a lo largo del propio proceso de incapacidad y ampliar la audiencia señalada en el artículo 208 o acordar como pruebas en base al mismo artículo dichas declaraciones, bien en el propio proceso o en pieza separada, por ejemplo a instancia del Fiscal o de otra parte, de manera que en la decisión final que se adopte exista la íntima convicción de que la persona designada es la más apropiada para defender al incapaz.

B) Defensor judicial: se señala en el artículo 207 y 300 C.c.; si la demanda la presenta el Fiscal, no deberá darse trámite a la misma hasta su designación. Su función será de servir de enlace entre la situación previa a la incapacitación, bien antes del proceso o durante el mismo y el nombramiento definitivo del tutor o encargado de su guarda. Es un cargo de libre designación judicial que deberá de ser tramitado conforme a las normas de la jurisdicción voluntaria y que podrá recaer en al persona que se considere más oportuna y en todo caso su función deberá ser específicamente determinada en el auto de nombramiento de defensor judicial. Para el mismo debe de predicarse igualmente el carácter de deber de dicho cargo, como para el tutor impone el artículo 216 C.c.

C) Ministerio Fiscal: la intervención de este órgano no debe de ser solo la de una parte imparcial o neutral, sino que se hace preciso una intervención activa a lo largo de todo el proceso en defensa del interés público y del privado que representa la incapacitación para el Estado y el propio demandado. Esta especial actividad debe de ser efectiva intervención, de manera que no quede en una simple presentación de impresos ya preparados para estos casos, sino que el mismo debería de participar activamente a lo largo de todo el proceso, proponiendo las pruebas precisas, controlando las designaciones de los organos de tutela estricta y obligando al Juez a efectuar un efectivo control de la situación del incapaz y de su patrimonio una vez declarada la incapacidad. Facultades existen para ello tanto en su Estatuto Orgánico como en el Código Civil; otra cosa diferente es que efectivamente dicha actividad se lleve a cabo de modo real y no meramente como una simple expresión de una bonita garantía para sin aplicación practica alguna.



D) Juez: La actuación del Juez en esta materia como organismo tutelar alcanza gran importancia en la teoría. No se trata solo de las facultades que en orden a la práctica de la prueba se dan en la ley, sino de otros muchos aspectos que implican un efectivo control de la incapacidad declarada y que podrían resumirse en los siguientes extremos:

1. *Iniciativa.*- existen diversos mecanismos legales donde se plasma esta posibilidad, tanto con carácter previo, en base al art. 203.2 C.c., por ejemplo en los casos de internamientos de incapaces, en aquellos supuestos que se da una situación de desamparo que debe de ser tutelado, adoptando las medidas de control y protección, así como dando parte al Ministerio Fiscal para que inste el proceso correspondiente; como durante el proceso, a través de la dirección real del mismo y la inmediatez absoluta en su tramitación, nombramiento del defensor judicial, adopción de medidas cautelares al amparo del artículo 209; como finalmente una vez terminado con sentencia declarando la incapacidad, a través de la iniciativa en el control de los órganos tutelares.

2. *Información.*- la misma debe recaer especialmente sobre el titular del órgano tutelar, al que deberá informar, tanto en la sentencia como en el acto de la aceptación del cargo, de sus derechos, de sus obligaciones, de los actos para los que será preciso autorización judicial. No podemos olvidar que en gran parte las situaciones de incapacidad recaen sobre familias de escasa cultura o capacidad económica que no han podido ser asesoradas por un Abogado, por lo que una adecuada información por parte del Juez permitirá a los designados tutores un adecuado cumplimiento de su función, lo que facilitará el control. Igualmente podrá hacerse efectiva con respecto al propio incapaz, en los supuestos de incapacidad no absoluta, para que conforme a su grado de comprensión pueda conocer los límites de su actividad personal o patrimonial.

3. *Control.*- El mismo deberá recaer sobre el organismo tutelar especialmente y deberá ser enfocado tanto sobre los aspectos personales relativos a las condiciones de vida del incapaz, el adecuado desarrollo de su personalidad sobre la base de su situación específica y el desarrollo de su educación, así como sobre los aspectos patrimoniales, controlando la función de los tutores y exigiendo la rendición de cuentas en los casos precisos. No obstante, es preciso pensar en una flexibilidad de dicho control en atención a las circunstancias personales y patrimoniales de cada incapaz, y adaptándolo a las condiciones de la persona que desempeña el cargo tutelar, y por ello habrá que graduar dicho control, el cual podrá oscilar entre una simple comparecencia anual a una auténtica rendición de cuentas.

4. *Compromiso.*- finalmente, el Juez, en su función de organismo tutelar debe de comprometerse en un decidida defensa del incapaz y protección de su persona y bienes, lo que debe de ponerse de manifiesto, tanto a través de la aplicación de los principios anteriores como por no dejarse llevar por el exceso de trabajo para justificar el abandono del incapaz una vez dictada la sentencia. La sociedad exige este compromiso, la Constitución lo impone a todos los poderes públicos, entre ellos al judicial en su artículo 49 y el legislador ha situado el punto de máxima intensidad en la labor de control y garantía del Juez en la reforma operada por la L 13/83, y el Juez no puede dejar de lado dicho compromiso sino aceptar plenamente su función y desarrollarla con las máximas garantías, pues en todo caso está en juego algo tan importante como la dignidad de la persona (art. 10 CE) y el amparo de unas personas limitadas en su capacidad pero receptores de los derechos y libertades que la Constitución otorga a todos.

## AUTORIZACION DEL INTERNAMIENTO DE INCAPACES

La intervención judicial en los internamientos de los «presuntos incapaces», prevista en la reforma de 1.983, ha puesto a los jueces en contacto directo con el sistema sanitario de salud mental, y las conclusiones que de ese contacto se extraen son más bien desalentadoras. Excluida de forma inconcebible la salud mental de la estructura hospitalaria de la Seguridad Social, los pocos hospitales psiquiátricos, por lo general vetustos y sobrecargados, anteriormente dependientes de las Diputaciones Provinciales, son controlados hoy en su mayoría por las Comunidades Autónomas; y bien por problemas presupuestarios, bien por desinterés de dichas administraciones, nos encontramos con que esas instituciones, salvo excepciones, no consiguen dar una respuesta suficiente a las prestaciones que de ellos se reclaman.

No es inhabitual por desgracia que, autorizado un internamiento por parte del Juez, no exista ambulancia, (ni psiquiátrica ni de las normales), para trasladar al enfermo al centro correspondiente; o que el centro destinatario del enfermo rechace el ingreso por falta de plazas. Es igualmente corriente, aunque manifiestamente rechazable, que el Juez acabe suplicando a las fuerzas del orden para que conduzcan, (como si fuese un delincuente), al enfermo al centro psiquiátrico, como única forma de dar cumplimiento a lo acordado.

Esa carencia absoluta de medios, que puede dar lugar a situaciones grotescas cuando no dramáticas, no viene si no a reflejar la necesidad de que todas las administraciones se involucren en el problema de salud pública que implican los trastornos mentales, afrontando de una vez por todas una racional reestructuración, con dotación de los medios materiales y humanos imprescindibles. La a nuestro juicio encomiable corriente psiquiátrica imperante, que defiende que el enfermo mental, (sobre todo algunos), se cura, o mejora, en sociedad y no en un hospital encerrado, se encuentra bajo sospecha al apreciarse que se da de alta a ciertos enfermos, incluso en medio de una situación de crisis, con el único objetivo de habilitar camas para otros.

El defectuoso, cuando no pernicioso, funcionamiento del sistema público de salud mental, ha dado lugar por otra parte a la proliferación de centros privados de todo tipo, algunos de los cuales obvian la preceptiva autorización judicial de los internamientos como forma de ganar clientela. Se han descubierto casos de residencias geriátricas que en la práctica actuaban como centros de salud mental pero sin control ni judicial ni administrativo de su actividad, posibilitando auténticos supuestos de detención ilegal.

Resulta por ello imprescindible que, con independencia del concreto control del Juez sobre las solicitudes de internamiento que le lleguen, la Administración y la Fiscalía han de poner en marcha un control genérico del cumplimiento por parte de los centros psiquiátricos, públicos y privados, de las solicitudes de autorización y regularidad en el régimen de los internamientos psiquiátricos.

Los procesos de autorización de internamientos de los presuntos incapaces plantean en general unos concretos problemas que a continuación pasamos a detallar:

A) Procedimientos: A la vista del artº 211 del Código Civil, resulta evidente que son dos los procedimientos previstos para el internamiento de los presuntos incapaces, el urgente y el ordinario, recalcando el precepto el calificativo de «presuntos» al entender que son personas que aun no han sido sometidos al proceso de incapacitación antes estudiado, toda vez que de existir tal incapacitación la norma aplicable sería el artº 271.1º que preceptúa la autorización judicial al tutor para el internamiento del incapaz,

ello con independencia de que en supuestos de urgencia pueda observarse el referido artº 211.

a) El procedimiento urgente contempla la posibilidad de que si razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata puesta en práctica del internamiento, la misma se llevará a cabo, eso sí, «dando cuenta cuanto antes al Juez, y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas». Lo que no señala el precepto es quien adopta la decisión de internar en estos supuestos, entendiéndose sin embargo, con un mínimo de lógica, que, como a cualquier enfermo urgente que se ingresa en un centro hospitalario, habrá de ser un facultativo el que determine la pertinencia de dicho ingreso. Sin embargo la práctica cotidiana nos dice que los médicos por regla general eluden esa responsabilidad, remitiendo a familiares o interesados al Juez de Guardia para que resuelva sobre dicho internamiento; esta práctica, consideramos, resulta contraria a la ley, puesto que convierte en papel mojado el referido precepto, pero es que, además, obliga por lo general a intervenir en estos casos, no al Juez civil, competente en la materia, si no al Juez penal, que es el que se encuentra de guardia, habiendo dado lugar a que las Juntas de Jueces desarrollen su imaginación atribuyendo al Juez de Guardia, aunque su jurisdicción sea exclusivamente la penal, a actuar «a prevención», remitiendo luego las actuaciones al Juez civil.

Pero, ¿a qué Juez debe comunicarse el internamiento verificado sin su autorización?, ¿al Juez del lugar de residencia o al del lugar de internamiento?; ante el vacío legal entendemos que es el Juez del lugar donde se encuentra el centro, donde se ha practicado el internamiento, el competente para controlar la procedencia de la privación de libertad que el internamiento supone, y ello dado que de lo contrario, y teniendo en cuenta la dispersión de los centros, el efectivo control de dicho internamiento devendría ilusorio.

b) El procedimiento ordinario supone la intervención previa del Juez, quien, «tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Mº Fiscal, a los efectos prevenidos en el artº 203». No existiendo en la ley procesal, (al igual que en el caso anterior), norma que desarrolle la previsión sustantiva, consideramos que el procedimiento será de Jurisdicción Voluntaria, pero sin que la posible oposición del presunto incapaz torne en contencioso el expediente, y ello dado que la transformación en el que sería juicio de menor cuantía, retrasaría enormemente la resolución del mismo. Ello no quita que el Juez, ante una oposición, o de oficio, practique cuantas diligencias considere necesarias para determinar sobre la procedencia del internamiento.

Aunque la autorización, salvo urgencia, ha de ser previa, se da el caso de personas que ingresan voluntariamente en un centro y después, contra las prescripciones médicas, desean abandonar el mismo; en estos supuestos es evidente que será preciso obtener una autorización judicial para que el internamiento prosiga, constituyendo un verdadero fraude de ley la interpretación contraria por la que la autorización no sería necesaria.

B) Juez competente: Como ya se ha dicho, de acuerdo con el artº 63.1ª de la L.E.C, y sobre todo ante el preceptivo examen de la persona que se pretende internar, Juez competente habrá de ser el de 1ª Instancia del partido del domicilio, o residencia habitual, de aquella, debiéndose rechazar la actuación del Juez penal, salvo que el presunto incapaz se encuentre incurso en causa de ese orden. Pero, ¿qué ocurre cuando, autorizado un internamiento, éste se verifica fuera del partido del Juez autorizante?, ¿cómo puede ese Juez controlar la existencia o no de necesidad de proseguir

dicho internamiento como le impone el párrafo tercero del artº 211?; una solución, (puesta en marcha en algunos lugares, aun sin base jurídica), puede ser que el Juez autorizante se inhíba del conocimiento del expediente en favor del Juez donde se ubica el centro, y ello ante la manifiesta imposibilidad de controlar él mismo su desarrollo, en ocasiones a cientos de kilómetros de distancia.

C) Legitimación para promover el expediente: De nuevo nos encontramos ante un vacío legal, y si bien por tratarse de un proceso paralelo al de incapacitación puede llegarse a la conclusión de que los únicos legitimados para instar el internamiento serían el cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos, (artº 202 C.C), además del Mº Fiscal, consideramos que el carácter muchas veces urgente de la medida aconseja sea cualquier persona la facultada cuando menos para poner el caso en conocimiento del Juez, ello sin perjuicio de que sea después el Ministerio Público quien inste el internamiento, o se acuerde el mismo de oficio por el Juez, con base en la previsión del último párrafo del artº 203.

De todas formas debe ponerse de manifiesto que la decisión del Juez, salvo que se dicte con base en ese último precepto, se limita a autorizar o a denegar la autorización para el internamiento, no a ordenarlo, aunque lo normal es que cuando menos indique el centro en el cual se autoriza el mismo; de esa manera es el solicitante quien ha de poner los medios para trasladar al presunto incapaz, incluso, en su caso, abonar los gastos derivados de dicho internamiento. Esa realidad, teniendo en cuenta sobre todo que en la mayoría de los casos los afectados carecen de medios económicos y asistenciales, pone en la práctica nuevamente de manifiesto las carencias del sistema, resultando en ocasiones que, autorizado el internamiento, el mismo no se verifica por que el solicitante no puede llevarlo a cabo.

D) El control judicial sobre el desarrollo del internamiento: La función del Juez no termina con la autorización del internamiento, si no que, como antes se expuso, debe recabar del centro de salud mental información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, lo que deberá verificar como mínimo cada seis meses, teniendo nuevamente que examinar al presunto incapaz oyendo el dictamen de facultativo para, seguidamente, resolver sobre la continuación o no de dicha situación.

Nada impide sin embargo, y es además lo más habitual, que el centro de salud mental, bien por razones médicas, bien por razones de intendencia, (carencia de camas, carácter crónico de la afección sin posibilidad de trasladar al interno desde un centro de agudos a otro de crónicos, etc...), determina el alta del enfermo, siendo igualmente habitual que ni tan siquiera se digne comunicar al Juez ni la salida del interno, ni las razones de la misma. Es preciso por ello que los Jueces extremen ese control para tener exacto conocimiento de la situación y acordar en consecuencia. Téngase en cuenta que la responsabilidad por los posibles daños personales y materiales que pueda causar el enfermo podrá y deberá ser exigida no sólo a sus tutores o guardadores, si no también a quienes hayan acordado imprudentemente su salida del centro sin reunir las condiciones para ello.

Por el contrario, si el internamiento ha sido ordenado, que no autorizado por un Juez, (artº 203.2 C.C), sólo la decisión de éste ha de posibilitar su salida, sin que baste el criterio de los facultativos del centro.

Por último, se considera interesante crear en los partidos judiciales un registro unitario, a disposición sólo de los Juzgados, en el que consten los internamientos acordados y sus motivaciones junto con relación de los afectados, y ello con el fin de poder valorar los mismos como antecedentes de ulteriores solicitudes.

# EL INTERNAMIENTO DE LOS ENFERMOS MENTALES

Comisión de Derecho Privado

## I. CAUSAS DEL INTERNAMIENTO

Si nos atenemos a las normas que afectan al internamiento del incapaz o presunto incapaz (Artículo 17 de la Constitución, artículo 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, artículos 211 y 271 del Código Civil y artículo 20 de la Ley General de Sanidad), tendremos que concluir que el internamiento del enfermo mental constituye una privación de libertad y una medida terapéutica.

Esto, que parece una obviedad, no deja sin embargo de plantear problemas y perplejidades al práctico. En efecto, aunque no parece que el artículo 17 de la Constitución esté pensando en ello, parangonándolo con el citado artículo 5 del Convenio de Roma, tendríamos que concluir que se trata, sin más, de un caso de privación de libertad, que permite al internado acudir al procedimiento de *habeas corpus*, como así ha venido a admitirlo el Tribunal Constitucional en auto 442/86 y sentencia 104/90. Esta consideración, por lo demás crea un difícil problema, ya que, si conforme al artículo 17 nadie puede ser privado de libertad sino en virtud de las causas y en la forma prevista por la Ley y esta Ley, conforme a lo previsto por el artículo 81, debe ser ley orgánica, no tendríamos más remedio que cuestionarnos la constitucionalidad de la única regulación existente al respecto contenida fundamentalmente en el artículo 211 del Código Civil. Para salvar el escollo, se ha señalado que, en realidad, no existe privación de libertad, ya que el internamiento lo es de personas que se encuentran en un estado psíquico tal que carecen de voluntad y entendimiento, por lo que mal puede atentarse contra su libertad. Tal interpretación nos parece sin embargo sumamente peligrosa y puede otorgar una justificación peligrosa al Juez de primera Instancia, siempre presionado por el exceso de trabajo y la falta de medios. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la Ley no contiene ninguna vara de medir la voluntad y el entendimiento, de ahí la necesidad de que exista un proceso que debe finalizar con sentencia, que, conforme al artículo 199, es la única que puede declarar la incapacidad. Por lo demás tal interpretación tendría que ser considerada contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional, vinculante para los jueces conforme a lo establecido por el artículo 5 de la L.O.P.J. Y, desde luego, no se trata de una especie de privación preventiva de incapacidad, como veremos, de aquel en quien se aprecian indicios de incapacidad en los términos del artículo 200 del Código Civil.

El problema entendemos que es distinto, ya que, en realidad, lo que hace el artículo 211 es atribuir la competencia al Juez para autorizar los internamientos, estableciendo algunas reglas mínimas de procedimiento; pero no establece propiamente los casos de internamiento del enfermo mental. Lo que, si bien soluciona el problema constitucional del artículo 211 del Código Civil, nos crea otro más gordo: la total ausencia de regulación de las causas de internamiento del enfermo mental. Y, aunque nunca nos hayan gustado los excesos legislativos, es esta falta de regulación la que plantea mayores perplejidades al Juez delante del médico y del enfermo: ¿qué causas justifican el internamiento: ¿la salud del enfermo, su propia seguridad, la de los demás, en caso de total privación de entendimiento y voluntad o también incluso contra la voluntad del enfermo con suficiente entendimiento?. Por lo demás, aunque el artículo 211 del Código Civil habla de presunto incapaz, lo cierto es que, en la mayoría

de los caso, no se trata de perturbaciones persistentes, con lo que no habría causa de incapacidad.

Y es que el parco artículo 211, al quedar derogado por el artículo 2.2 de la Ley de 24 de octubre de 1983 el Decreto de siete de julio de 1931, ha venido a sustituir una regulación completa anterior (criticable sí y alejada de los valores de la Constitución, pero regulación completa) por casi nada, creando un vacío normativo, que debe ser cubierto. Entre tanto, para deslindar las causas que justifican el internamiento, tendremos que acudir a la propia Constitución como norma suprema, y a las dispersas normas que tratan el asunto.

Para centrar el tema partiremos, como ya dijimos al principio de que el internamiento sólo se justifica, aunque pueda cumplir otras funciones, por razones terapéuticas: de lo que se trata, pues, es de lograr la curación o mejoría del enfermo. Se trata de someter al enfermo a un tratamiento contra o sin su voluntad, poniendo al menos en peligro su libertad. Esto ya nos permite excluir bastantes casos de solicitud de internamiento de los que se presentan en un juzgado civil, ya que, si bien es cierto que el internamiento, al mismo tiempo puede cumplir otras funciones, como la asilar o de seguridad en caso de enfermos peligrosos para terceros, siempre debe ser adoptado en razón de la salud del enfermo.

De acuerdo con esto, si no puede recuperarse ni mejorar la salud del enfermo, tendremos que concluir que no estamos ante el caso previsto por el artículo 211 del Código Civil. La cuestión no es baladí, ya que en un porcentaje alto de los caso, lo que se pretende con el internamiento es resolver un problema social, la de atender a un enfermo, como el caso de los deficientes o los ancianos con demencias seniles en situación de desvalimiento, convirtiendo el internamiento en una medida de carácter asilar. Ciertamente que esta situación de desvalimiento no puede dejar de preocupar al Juez Civil; pero entendemos que no debe dejarse influir por la situación hasta el punto de autorizar una medida que priva de ella o pone en peligro una libertad a la que todos tienen derecho, limitando gravemente una capacidad que hay que presumir, asumiendo la tarea propia de las autoridades administrativas que son las que deben atender a tal desvalimiento en centros adecuados. Por otra parte la situación de asilamiento en centro no adecuado puede ser perjudicial para la salud del interno si no es una medida terapéutica, con lo que la autorización se volvería contra su propio sentido. Y es que, conforme a lo previsto por el artículo 20 de la Ley General de Sanidad, la hospitalización de los enfermos mentales ha de producirse en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales, que, lógicamente, no se encuentran preparadas para una medida asilar, al contrario, podríamos considerar las estancias en tales unidades, sin posibilidad alguna de deambulacion ni de esparcimiento, contraproducentes para la salud del enfermo. Y eso podemos comprobarlo en regiones como Andalucía, en las que la reforma psiquiátrica prevista por la Ley General de Sanidad se encuentra muy avanzada.

Esa idea de internamiento como medida terapéutica también nos permite excluir del caso del artículo 211 del Código Civil aquellos casos en los que, no existiendo posibilidad alguna de mejora de la salud del interno, la medida viene aconsejada por razones de seguridad. Y, aunque es cierto que el artículo 3 de la Ley de Peligrosidad, que incluía entre los sujetos a los que se podía aplicar medidas de seguridad a los enfermos y deficientes mentales, puede considerarse derogado, si de lo que se trata es de adoptar una medida de seguridad, habrá que encajarla en otro de los supuestos previstos por la Ley; pero lo que no cabe es apañar la cosa mediante una medida

como lo es el internamiento, cuya finalidad es la de lograr la salud del enfermo. Frente a ello, la medida de seguridad tendrá que ser adoptada por el juez competente de acuerdo con el procedimiento previsto y con las debidas garantías, que son distintas a las previstas por el artículo 211 del Código Civil.

Por último, sin que esto suponga contradicción a lo dicho al principio en el sentido de que se trata de una medida que afecta a la libertad, aplicable también a los ya incapacitados e incluso a los menores de edad sometidos a patria potestad, aunque esté en cuestión su misma capacidad volitiva, la medida sólo se justifica en caso de enfermedad que conlleve perturbación mental grave que afecte a la voluntad y al entendimiento. Cierto que las entidades o categoría psiquiátricas no son pacíficas en este punto (ni en casi ninguno), pero esa idea, al menos, nos permite eliminar aquellos casos frecuentes en los que lo que se pretende con la medida es someter contra su voluntad a una persona a un proceso de deshabitación del alcohol o de la droga, ya que, aun en el caso de que la medida puede estimarse beneficiosa para la salud del sujetos, salvo en aquellos casos en los que la adicción vaya asociada a perturbaciones graves, se trata de una medida que puede y debe decidir por sí mismo el adicto, sin que pueda ser sustituida por nadie la voluntad de quien no puede ser considerado incapaz.

Lo anterior no significa que la medida sólo pueda ser adoptada con relación a quien esté diagnosticado de una enfermedad o deficiencia de carácter permanente, como parece indicarlos la expresión «presunto incapaz» al ponerla en relación con el artículo 200 del Código Civil, ya que puede haber padecimientos o episodios que justifiquen el internamiento, sin que los mismos tengan su causa en una enfermedad de carácter persistente, siempre y cuando esté gravemente afectada la capacidad cognoscitiva o volitiva.

Lo anterior permite separar el internamiento del procedimiento de incapacitación del internamiento. No se trata pues de someter a internamiento a aquél sobre quien hay indicios de que se encuentra en alguna de las causas de incapacidad a que se refiere el artículo 200 del Código Civil como parece sugerir la expresión «presunto incapaz» contenida en el artículo 211 del Código Civil, ni el procedimiento de internamiento puede considerarse incidente o cautela alguna en relación con el proceso de incapacitación, ya que, como resulta del propio artículo 211 al referirse a la comunicación al fiscal a efectos del artículo 203, el procedimiento de incapacidad puede no existir previamente o no suceder necesariamente al de autorización del internamiento. Lo que nos lleva a insistir en que en el Código Civil no aparece regulación alguna de los casos en los que procede el internamiento que salve la laguna técnica en relación al artículo 17 de la Constitución.

## II. EL PROCEDIMIENTO

Aunque, como dijimos, el artículo 211 del Código Civil no fija las posibles causa de internamiento, sino que se limita a atribuir al Juez la competencia para la autorización del internamiento y a establecer algunos principios mínimos de procedimiento, esto no significa que tal precepto suponga una regulación acabada del procedimiento, lo que, por lo demás, sería reprochable a una norma de carácter sustantivo.

El procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto por la disposición adicional de la Ley de 24 de octubre de 1983, se ha venido admitiendo pacíficamente que es el de jurisdicción voluntaria, aunque esto no deja de causar perplejidades desde un punto

de vista dogmático. Así, aunque la medida se adopta precisamente contra la voluntad del paciente, esto no convierte el procedimiento en contencioso, al contrario, su finalidad es, precisamente, obtener una resolución sin o contra la voluntad del enfermo. Sin, embargo, pese a esta perplejidad que pueda causar a primera vista, esto no es tan extraño cuando de lo que se trata es de atender a una situación de desvalimiento. Así en materia de delación de la tutela, se prevé el nombramiento en primer lugar del tutor, con lo que se atiende a lo perentorio, quedando la oposición diferida a un posterior incidente de oposición. Pero lo cierto es que también carece de regulación ese incidente posterior de oposición, por lo que, a falta de otra regulación, es razonable la posición de quienes entienden que debe tramitarse por las normas del juicio ordinario de menor cuantía; pero lo cierto es que esto puede suponer excesiva dilación, por eso nos parece con mejor fundamento la opinión de aquellos que, aplicando las normas en materia de delación de la tutela, entienden que la oposición a la medida puede plantearse como incidente, incluso podría plantearse en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. En todo caso, como llega a admitir el Tribunal Constitucional en la sentencia citada, quedaría abierto el procedimiento de habeas corpus, pese a la distorsión que eso conlleva, ya que supone la intervención del juez penal, cuya actuación en todo caso, quedaría limitada a la comprobación de que se ha seguido el procedimiento previsto por la Ley, quedando en pie el problema de las causas( artículo 1 de la L.O.6/84), pero, al mismo tiempo podría provocar efectos suspensivos respecto a la actuación del juez civil, tal como señala Majada, por su carácter prejudicial respecto al procedimiento de autorización.

En cuanto a las actuaciones previstas por el artículo 211 del Código Civil, nos parece insustituible el reconocimiento personal de juez del presunto incapaz. Y, por más que se ha dicho que el juez no es médico, la medida es insustituible para poder formar la convicción en materia atinente a bienes de la persona, no sólo por lo que está en juego es la libertad, lo que exige un criterio formado en base a nociones comunes, sino porque las categorías y entidades psiquiátricas no, tiene traducción precisa en el mundo del Derecho Civil, con lo que nada puede sustituir a la apreciación directa del juez. Aunque en relación con la declaración de incapacidad, así lo ha entendido el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de febrero de 1989.

Se ha cuestionado que el informe médico pueda ser emitido por médico del centro en el que se encuentra internado el enfermo en casos de internamientos urgentes, que constituyen la mayor parte de los casos, (En ese sentido Bercovitz), entendiéndose que carece de la debida imparcialidad. Entendemos no obstante que, tratándose de un centro público, en el que el médico es un funcionario no hay razón para tal prevención y podemos comprobar todos los días, como los médicos, asumiendo en buena medida las directrices de la reforma psiquiátrica, no tienen interés alguno en la prolongación del internamiento más allá de lo preciso y más con la carencia de camas psiquiátricas. Es más la caótica realidad de los juzgados de primera instancia, en la que buscar tiempo para la practica de tales diligencias fuera de la sede del juzgado, con problemas añadidos de tráfico, resulta casi una proeza, el problema de coordinación con el forense resulta una dificultad añadida que puede resultar exasperante en capitales como los de la sede de este congreso, en la que hay cuatro sedes de juzgados. Por lo demás parece conveniente que la diligencia de reconocimiento médico y reconocimiento judicial se produzcan conjuntamente, permitiendo al Juez obtener mayor conocimiento con la diligencia. E insistimos que lo más importante, como así lo entiende García Ripoll, es que el Juez vea al enfermo.



Por último el procedimiento termina por auto en el que el Juez autoriza el internamiento. Esto es importante, ya que, en ningún momento, el auto constituye un orden compulsiva para el internamiento del enfermo, sino que la decisión del internamiento corresponde siempre al médico, lo mismo que corresponde exclusivamente al médico la decisión de poner fin al internamiento. Contra el auto, en principio, cabría recurso de apelación en un sólo efecto. No obstante entendemos razonable la postura de quienes, como hemos dicho, aplicando las normas sobre delación de la tutela, consideran que la oposición debe plantearse en incidente que inmediatamente ha de seguir al auto.

### III. EL INTERNAMIENTO

Los antiguos manicomios, tal como se preveía la Ley de Beneficencia de 1822, eran instituciones de beneficencia dedicados a recoger y a curar a los locos; eran instituciones destinadas a la estancia, custodia y cura de los locos, sin establecer ningún tipo de subordinación de tales fines. Frente a ello, ya hemos dicho que el internamiento a que se refiere el artículo 211 del Código Civil es una medida con finalidad terapéutica, aunque eventualmente pueda cumplir funciones de custodia y asilares; pero no cabe su adopción al margen de su finalidad terapéutica.

En cuanto al tratamiento de estos enfermos, la Ley General de Sanidad, trata de eliminar todo tipo de discriminación a fin de que sean tratados como otros enfermos. Así, en el artículo 20, encarando la reforma psiquiátrica, se prevé que su tratamiento, cuando sea precisa la hospitalización se llevará acabo en unidades dentro de los hospitales generales, acabando así con los antiguos manicomios. La hospitalización se prevé, así, al igual que en el caso de otros enfermos, como episodios aislados en la vida del enfermo, de modo que el tratamiento normal ha de seguirse sin aislar al enfermo de su entorno como si de un apestado se tratase. En principio la idea es encomiable y se ajusta perfectamente al espíritu de la Constitución. Pero esa previsión del legislador no resuelve sin más los problemas. Y la comprobación es bien fácil si miramos la experiencia andaluza, ya que es en esta Comunidad donde ha llegado más lejos la reforma. Así, aunque con distinto nombre, no han desaparecido los manicomios. Cierto que su población ha disminuido notablemente y se observa en general, por parte de personal sanitario, una buena acogida a la reforma; pero el problema de los crónicos absolutamente dependiente de tales centros sigue existiendo, lo que impide clausurarlos, pese a la voracidad especulativa que acecha a su suelo.

Nosotros no estamos aquí para debatir si «los crónicos» como categoría psiquiátrica existen o son un mero producto del sistema que se trata de sustituir, aunque sería conveniente un encuentro interdisciplinar para fijar tales categorías, ya que son relevantes para el mundo del Derecho. Pero lo cierto es que, en buena medida como consecuencia nefasta del sistema anterior, existen personas absolutamente dependientes de los manicomios, incluso personas que nunca tendrían por qué haber ingresado en tales centros (deficientes ligeros o simple neuróticos). Y estas personas suponen un problema que no puede ser eliminado por la mera mención de la Ley. Ahora bien, también es cierto es que, en buena medida, para estas personas el internamiento no cumple ninguna finalidad terapéutica, por lo que, en relación a ellas, lo único que cabe hacer es adoptar medidas asilares unidas a una cierta motivación o a una educación especial que les ayude a mejorar su vida, lo que no puede lograrse en instituciones que, herederas de los antiguos manicomios, solo están preparadas para el

aislamiento, lo que sí podría ser abordado con la disponibilidad que supone el mucho espacio que ocupan. Así, no debe olvidarse que la regularización del internamiento en la forma prevista por el artículo 211 del Código Civil también se hace precisa en relación con los enfermos internados de acuerdo con el anterior sistema, lo que puede agudizar el problema, ya que, si en relación a estar personas (en alguna ocasiones simples deficientes ligeros) el internamiento no tiene finalidad terapéutica alguna, sino meramente asilar, lo procedente será no autorizar el internamiento, lo que necesariamente ha de hacer cambiar el sentido de la permanencia de estos enfermos en el centro.

Por otra parte, y esa es una cuestión que ha de fijarse interdisciplinariamente, ya que los médicos también son sensibles a los problemas sociales que suponen, tampoco podemos cerrar los ojos a la existencia de enfermos con muy mal pronóstico de curación en el actual estado de conocimientos científicos, pese a que no hayan permanecido aislados mucho tiempo. Y es que lo cierto es que, en estos casos, los períodos de hospitalización exceden de lo que es normal, sin que las unidades psiquiátricas de los hospitales generales estén preparadas para estos largos internamientos. Las unidades psiquiátricas carecen de espacio para un esparcimiento que permita hablar de una vida medianamente digna cuando se trata de internamientos largos. Y así vemos a enfermos reclusos durante meses sin que les de el sol, lo que se considera inhumano incluso para presos muy peligrosos. Con lo que el enfermo mental es marginado precisamente a causa de su enfermedad, cuando precisamente esta enfermedad, esta discapacidad, exigiría un mayor apoyo y atención por parte de los poderes públicos, tal como prevé el artículo 49 de la Constitución.

#### IV. CONCLUSIONES

- 1.<sup>a</sup> El artículo 17 necesita ser desarrollado en cuanto al internamiento de los enfermos mentales, sin que tal laguna técnica quede cubierta por el artículo 211 del Código Civil, ya que, en él no se establecen las causas del internamiento, desarrollo legislativo al que es conveniente que preceda un profundo debate interdisciplinar y con participación de los afectados.
- 2.<sup>a</sup> Tampoco el procedimiento encuentra adecuada regulación en el artículo 211 del Código Civil.
- 3.<sup>a</sup> Sin entrar en la discusión propiamente psiquiátrica, es necesario atender a la situación de aquellas personas cuyo internamiento puede prolongarse más allá de lo que es normal en una hospitalización.
- 4.<sup>a</sup> Igualmente es necesario dar adecuada solución a la situación de aquellos que han llegado a ser absolutamente dependientes de los antiguos manicomios, sin que la autorización del artículo 211 pueda convertirse en sustitutivo o remedio de esa falta de atención, todo ello de acuerdo con la exigencia del artículo 49 de la Constitución.

# CONTRA EL DETERIORO DE LOS DERECHOS SOCIALES

Sección Territorial de Madrid

La salida de la crisis económica que persigue el Gobierno supone el desmantelamiento parcial del Estado social, en consonancia con las políticas desarrolladas en los países de nuestro entorno cultural. Este Congreso de Jueces para la Democracia, que se ocupa de la discriminación, no puede eludir esa realidad que está generando mayores niveles de desigualdad social.

La cláusula de Estado social que enuncia el artículo primero de nuestra Constitución supone un compromiso en favor del desarrollo de los derechos sociales y del principio de igualdad.

Las medidas propuestas por el Gobierno, unas ya acordadas y otras anunciadas, implican una marcha atrás en el proceso abierto hacia la dignidad social que va a afectar gravemente a grandes capas y sectores de población (ancianos, viudos, jóvenes, desempleados, en definitiva, a todos los trabajadores).

Asistimos a una verdadera reestructuración del Estado del bienestar, que se asentaba sobre un pacto entre el capital y el trabajo en virtud del cual el movimiento obrero renunciaba a plantear la cuestión del poder a cambio del desarrollo de políticas de redistribución de las rentas y de los beneficios de la fiscalidad, que generaron mayores dosis de justicia e igualdad en nuestras sociedades. La transformación del Estado —lo que se ha venido en llamar su crisis— se produce en función de las necesidades actuales del capitalismo. Necesidades que exigen la remoción de los obstáculos que se oponen al libre funcionamiento del mercado de trabajo y la reducción de los gastos sociales del Estado.

Esa transformación pasa por vaciar de contenidos y suprimir las garantías de aquellos derechos sociales que habían adquirido protagonismo —pocos de ellos y de manera tímida— como verdaderos derechos subjetivos, derechos de ciudadanía: protección por desempleo, prestaciones de seguridad social, estabilidad en el empleo, promoción profesional. Lo que evidencia la deficiente constitucionalización del Estado social y de la articulación jurídica de los derechos sociales, tantas veces denunciada.

La degradación se detecta ahora en la reforma del desempleo (rebaja de su importe máximo y mínimo, incompatibilidad entre la indemnización por resolución del contrato y devengo de la pensión, cotización de los pensionistas por las contingencias de Seguridad Social y por el IRPF), en el recorte de las prestaciones sanitarias y en la privación de derechos a los trabajadores inmigrantes. Todos ellos serán más pobres y estarán más desprotegidos.

A medio plazo habrá un sector social, acomodado, que gozará de un nivel de sobreprotección (seguros privados), otro amplio sector (trabajadores y pensionados) que serán amparados en buena medida por la beneficencia pública (el desarrollo del asistencialismo recupera valores del paternalismo social propio de épocas ya superadas) y una última capa de la población, jóvenes, inmigrantes, parados de larga duración, quedarán expulsados del sistema de Seguridad Social y sin posibilidades de acceso al mercado.

Ellos conformarán bolsas inmensas de pobreza en el interior de los países desarrollados, cuyos miembros se moverán en el ámbito de la predelinuencia cuando no, directamente, del derecho penal. La historia social nos demuestra que los Estados ne-

cesitan recurrir al control penal y a la represión policial cuando se incrementan las franjas de desigualdad.

Las políticas de distribución que aplicaban los sistemas apelados del bienestar generaban cohesión social y eran un factor de legitimación. La ausencia de esas políticas provoca desestructuración social y el equilibrio sólo puede rehacerse, al margen de los horizontes de justicia social e igualdad, por medio de la represión y la cárcel. Es la respuesta autoritaria que se expone mediante las leyes de excepción.

Además, la presencia de un ejército de desempleados es un elemento de disciplina sobre los trabajadores y de desincentivación de la queja y de la reivindicación (como evidencia la actitud prudente y defensista de los sindicatos en este momento).

Todo ello vinculado a la reforma del mercado de trabajo que va a reintegrar al empleador inmensos poderes y facultades para el control de la mano de obra, que había perdido a golpe del reconocimiento de los derechos de los trabajadores. Así, se propone el abaratamiento del despido, la movilidad funcional y geográfica y nuevas formas precarias de contratación, con el objetivo de flexibilizar la relación laboral en todos sus momentos, desde el principio al fin, y dejar en cautividad a los empleados. De ese modo se recompone la relación de fuerzas en el ámbito de la empresa en favor del capital. ¿Penetrará alguna vez la democracia las paredes de la fábrica?

Al fin, las clases subalternas pagarán la factura de la crisis. Y esas políticas pondrán en cuestión valores esenciales como la libertad, la igualdad y la dignidad de las personas.

# BARAJAS: EL FORASTERO ANTE EL 'SHERIFF'

Ramón SAEZ VALCARCEL

La maquinaria legal que nuestros sistemas han puesto en marcha para responder a la amenaza de invasión de inmigrantes pobres, ha posibilitado la construcción de espacios marginales donde las libertades no existen y las policías gozan de poderes exorbitantes, espacios habitables solamente por los parias del tercer mundo. Su expresión más dramática es nuestra frontera sur: el estrecho de Gibraltar se ha convertido en un cementerio marino para los norteafricanos que huyen del hambre y la miseria. Y que seguirán huyendo una y otra vez, ellos o sus hermanos, por mucho que tratemos de impedirselo, como explicaba la película «Las cartas de Alou», porque en sus lugares de origen el futuro no existe y el día a día se hace inaguantable.

El puesto fronterizo del aeropuerto Madrid-Barajas es un modelo para comprender el tratamiento que la Europa de las libertades dispensa a ciertos extraños, latinoamericanos, norteafricanos, gentes *de color*. De espaldas al paradigma constitucional (los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley, artículo 13.1 CE) en aquel lugar se ha levantado un lacerante monumento a la injusticia y al desprecio por los valores de la convivencia y de la libertad.

La policía aplica allí, con autoridad y sin control, la facultad de negar la entrada de los extranjeros. El problema no es menor. En el año 1992 cinco mil setecientos treinta y nueve personas fueron rechazadas en aquella frontera. A todos se les aplicó el mismo régimen. Una vez que se produce la negativa policial el viajero es trasladado a una sala de tránsito donde se le aísla a la espera de ser embarcado hacia su país de origen.

El Defensor del Pueblo en su informe correspondiente a 1992 advertía a la Administración que se había comprobado «que las personas afectadas permanecían en estas dependencias por periodos prolongados (más de una semana), sin poder salir de dicha sala ni tener acceso a su equipaje y custodiadas por vigilantes jurados». Un Juez de Instrucción visitó aquellas dependencias el 20 de septiembre pasado. Hacía constar en un «acta de inspección» que los ciudadanos afectados por la prohibición de entrada eran recludos en una sala grande (el informe del Defensor habla de 700 metros cuadrados) de las que se utilizan para la recogida de equipajes, amueblada con los medios habituales: una cinta transportadora de bultos y las sillas fijas colocadas en fila. Ese paisaje se había transformado con otros elementos, incorporados para modificar el destino de la habitación: dar cobijo a los viajeros con mala suerte. Había dos cuartos de baño, con ducha incluida, dos piezas limitadas por mamparas que hacían las veces de dormitorio con diez camas cada una y un comedor. Además, máquinas de refresco, de tabaco, de café y un teléfono público.

Un vigilante jurado aseguraba que los afectados por la medida policial no abandonaban la sala hasta el momento en que fuesen trasladados al avión de regreso a sus países. Aquel acta de inspección anotaba que los ocho adultos que allí se encontraban (junto a ellos estaban dos niñas de ocho y once años), cinco latinoamericanos y tres portugueses, ignoraban el porqué de la prohibición de entrada, no habían sido informados de sus derechos, ni de su situación legal, tampoco se les había entregado copia de la decisión policial, ni se les había dicho cuándo dejarían España.

El informe del Defensor del Pueblo cita el caso de una ciudadana nicaragüense

que —según sus manifestaciones— había estado siete días durmiendo en una silla del aeropuerto, sin facilidades para hacer al menos una llamada telefónica, que fue «obligada a desnudarse para proceder a un cacheo sin que se le especificase el motivo ni las circunstancias de por qué se llevaba a efecto el mismo». También, reseñaba la presencia de dos ecuatorianos, que llevaban una semana allí recluidos, incomunicados e ignorantes del fin de la espera.

El Juez de Instrucción notaba la existencia de un asistente social encargado de comunicar al extranjero con el mundo exterior (legaciones diplomáticas, intérpretes) y de proveerle de moneda, medicinas y otros artículos.

Esa cruda realidad queda oculta a la opinión pública, se produce casi clandestinamente, fuera de los mecanismos habituales que en un Estado de derecho sirven para controlar la actuación gubernativa y para garantizar las libertades y los derechos fundamentales. Es por ello que no encontramos referencia a esa situación en la literatura jurisprudencial ni tampoco los autores y tratadistas que han trabajado en este campo se han ocupado de la retención de los extranjeros.

## UNA NORMATIVA A LA MEDIDA

La libertad de entrada en nuestro país (reconocida en el artículo 19 CE) está regulada respecto a los extranjeros en la Ley Orgánica 7/1985, el Real Decreto 1119/86 que aprobó el reglamento de ejecución de la ley y la Orden del Ministro del Interior de 22 de febrero de 1989, sobre medios económicos que deberán acreditar quienes pretendan traspasar nuestras fronteras.

Los requisitos son: a) la posesión de la documentación necesaria (pasaporte o documento de identidad y, en su caso, visado y certificados médicos); b) recursos económicos suficientes (entre ellos, billete de salida nominativo y cerrado, cinco mil pesetas por día y persona, con un mínimo de 50.000 ptas.); c) no estar afectado por una prohibición de entrada y, d) acceso por un puesto fronterizo.

El artículo 11 de la ley de extranjería dice que los servicios policiales «podrán rechazar a quien no reúna esos requisitos. Esa es la pieza maestra del sistema y la fuente de este conflicto. El tiempo del verbo sugiere que estamos ante una facultad de la policía, desnaturalizando desde el principio el pretendido derecho de los extranjeros —sometido a esas exigencias— de entrar en nuestro país. En ningún otro precepto se prevé la fórmula de ejecución de esa decisión administrativa.

Así empieza el paraíso de la arbitrariedad. El Defensor del Pueblo ha denunciado en su último informe que «gran parte de las actuaciones y decisiones de rechazo se toman sobre la base de la presunción de que determinados ciudadanos procedentes de países de bajo nivel de rentas vienen a nuestro país con el único objetivo de buscar trabajo, sin que los funcionarios intervinientes den crédito a las manifestaciones de estas personas sobre la razón de su viaje, que en ocasiones se corresponde solamente con motivos puramente turísticos, familiares o de visita a amigos y sin intención de permanecer ilegalmente en el país».

La mayoría de las personas que acceden a la frontera cumplen aquellos requisitos legales. Muchos son rechazados bajo la mera sospecha policial, sospecha que se alimenta de la apariencia externa del pasajero, su nacionalidad, su raza, la falta de un viaje programado o de reserva de hotel. Criterios todos ellos fabricados por una práctica policial que no se ve confrontada a ningún control de calidad, legalidad o pertinencia.

Esa ausencia de control ha inducido una despreocupación del aparato policial en la comprobación de los datos manifestados por los extranjeros. Desentendimiento que es producto directo de la ausencia de mecanismos de control y de responsabilidad. «La experiencia de años anteriores y el presente —leemos el informe del Defensor— pone de manifiesto que incidentes de rechazo en frontera se han producido con personas que realmente venían de turismo o con un fin concreto y temporal perfectamente comprobable. Para ello bastaba comprobar afirmaciones y alegaciones hechas por los interesados en la misma frontera, conectar con los parientes o personas que avalaban las verdaderas intenciones de estos turistas y comprobar hasta qué punto es cierto. En algunos casos simplemente se trataba de entrar en contacto con los consulados correspondientes. En no pocos casos no se ha hecho y, basados en una posición o en unas apariencias externas, se ha aislado a la persona en la zona internacional, se ha dificultado que tome contacto con parientes o amigos, e incluso en alguna ocasión se ha dificultado el contacto con un abogado».

¡Valiente espectáculo! La desidia de los agentes del sistema como respuesta a las tímidas demandas de los forasteros del Sur, ciudadanos también ellos, bien que de segunda o tercera fila. Desidia que se convierte en el mejor protocolo para la aplicación rigurosa de la «legislación vigente». Lo dice el cantautor: la Madre Patria, menudo cuento ché.

## LA RESPUESTA DE LAS INSTITUCIONES DE TUTELA

La realidad, tozuda, algunas veces traspasa las paredes de la dependencia fronteriza y se cuelga de rondón por las ventanas de las instituciones encargadas de la tutela de las libertades. El tratamiento que esas instancias han dado al problema, con la excepción del Defensor del Pueblo, ha sido elaborado en clave de conservación del sistema.

En la circunstancia que viven los extranjeros resulta imposible acudir a la vía jurisdiccional ordinaria (orden contencioso-administrativo) por la situación de aislamiento, la falta de notificación de la decisión gubernativa, la imposibilidad de contactar con abogados y, sobre todo, el tiempo, el tiempo que en la frontera juega en contra de la eficacia de los derechos.

La única alternativa posible es la de recurrir al procedimiento de *habeas corpus*, como mecanismo de provocar el conocimiento judicial. El derecho regulado en la LO 6/1984 representa un instrumento de garantía jurídica de la libertad personal o física, frente a las detenciones ilegales, que debe desencadenar la entrega al Juez de la persona detenida. El sustrato de hecho que habilita la actuación de ese proceso de amparo es la existencia de una limitación de la libertad. Por tanto, el problema a dilucidar es si el extranjero rechazado en la frontera se ve privado de libertad.

Según las estadísticas policiales en el año 1992 se plantearon ocho (sólo ocho) demandas de *habeas corpus* en Madrid. En un colectivo de casi seis mil personas, el dato es esclarecedor del margen de maniobra de los funcionarios y autoridades gubernativas. Tres resoluciones judiciales (su sede de conocimiento es el Juzgado de Guardia) estimaron las pretensiones de los extranjeros y cinco las rechazaron. Hasta agosto de 1993 se dedujeron treinta y dos demandas de amparo de la libertad y sólo tres fueron estimadas.

Las decisiones judiciales favorables a los extranjeros partían de la constatación de que los demandantes se encontraban privados de libertad. Además, cumplían los

requisitos que la norma pide para la entrada en territorio nacional. Después de examinar, en unos casos, la legislación sectorial llegaban a la conclusión de que la Administración no estaba autorizada para privar de libertad a un viajero extranjero rechazado en la frontera. «Ante ese vacío legal, en un Estado de derecho, debe prevalecer la libertad valor superior del ordenamiento jurídico, frente a una potestad administrativa que carece de cobertura legal», auto de 20 de marzo de 1993, del Juzgado de Instrucción 38.

En otros casos el Juez de guardia consideraba que la detención «es una situación fáctica consistente en que la persona se vea impedida y obstaculizada para autodefinir por obra de su voluntad una conducta lícita» lo que le obligaba, según su razonamiento, a conocer si era lícita o no la entrada pretendida (ver auto de 2 de julio de 1993, Juzgado de Instrucción n.º 17).

Cuando los Jueces de Guardia no atendieron la demanda de amparo —generalmente no la admitieron a trámite— alegaron, cuando no usaron como es común una resolución impresa de las que impiden la individualización del conflicto, que el extranjero no estaba detenido o que carecían de jurisdicción porque los actores se encontraban fuera de España.

El criterio de la Fiscalía de Madrid se expone en su memoria de 1992. Bajo el epígrafe «extranjeros retenidos» se dice que la respuesta de los fiscales ha sido «uniforme» y que se ha informado negativamente a la petición de incoación del proceso. «Se ha pretendido —dice la memoria en referencia a las peticiones de HC— equiparar la condición de retenido por denegación de entrada con la de personas ilegalmente detenidas». De esa manera, sin albergar duda alguna, ha venido la Fiscalía a contribuir a nuestra cultura jurídica elaborando una nueva modalidad de retención, institución ya normalizada entre nosotros por la ley Corcuera. Donde la ley de extranjería dice la policía podrá rechazar debe leerse —según la propuesta— podrá retener (artículo 11.3 LO 6/1984).

El Defensor del Pueblo «advertía e insistía» que ese aislamiento forzoso consecutivo a la inadmisión del extranjero «puede llegar a constituir una forma de privación de libertad que debe estar sujeta a las garantías de protección previstas constitucionalmente para el derecho a la libertad».

## DETENIDOS/RETENIDOS: LAS GARANTIAS

No puede negarse que los viajeros que son rechazados en la frontera del aeropuerto se ven privados de libertad durante cierto tiempo. Para compartir esa premisa ha de tenerse en cuenta:

1. Que se les reduce a un lugar de espera de pequeñas dimensiones, del que no pueden salir. Lugar o dependencia que se encuentra en la zona de tránsito internacional del aeropuerto;
2. están sometidos a un control permanente por un vigilante armado;
3. están impedidos de tener relaciones sociales, excepto con personas que hayan seguido su misma suerte;
4. el tiempo de privación de libertad es variable: entre unas horas y varias semanas. Son los mismos criterios que manejó la Comisión de Derechos Humanos al decidir elevar al Tribunal con sede en Estrasburgo el caso Guzzardi (ver sentencia 6 de noviembre de 1980).

Hay que convenir un concepto de detención que garantice el derecho a la libertad



y defina sus límites: a partir del momento en que el ciudadano no pueda elegir su situación en el espacio físico a causa de una actuación policial se habrá producido una injerencia en su libertad (tal y como propone el profesor Portilla Contreras, en la obra colectiva *Seguridad Ciudadana*). En su apoyo la STC 98/1986, de 10 de julio —tan citada y olvidada— consideraba como detención cualquier situación en la que la persona se viese impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención sería una pura situación fáctica, en la que no podrían hallarse zonas intermedias entre libertad y detención. Y ello en el horizonte proclamado en la misma decisión del Tribunal de que no «es tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución». Este es el caso.

El viajero se encuentra en una situación especial y distinta de los pasajeros en tránsito: sencillamente no puede moverse por a su capricho por esa zona.

Toda privación de libertad debe estar prevista en la ley (que debe ser orgánica por imperativo del artículo 81.1 CE) y ejecutarse en sus propios términos. Pues bien, sin necesidad de valorar la constitucionalidad de una norma que preveyera la detención de extranjeros en la frontera (lo que contempla el artículo 5.1 f del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos: «detención preventiva de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio») lo cierto es que no existe en nuestro ordenamiento precepto alguno que habilite a la autoridad a detener o retener —la retención es una trampa para desposeer de garantías a la libertad frente a la actuación de los agentes del sistema— a ciudadanos extranjeros en la frontera. Podrá no admitirles en el país, lo que afectará a su libertad de entrada, pero no limitarles su libertad física.

Porque sabemos que las libertades sin un sistema de garantías no valen nada (Dran) es necesario reaccionar frente a la realidad que aquí se ha descrito. Y preparar respuestas coherentes a algunas cuestiones: ¿se puede detener a los niños extranjeros, sin atención a ningún límite de edad? ¿puede legítimamente concebirse un espacio policial de limitación de derechos al margen de la jurisdicción? ¿acaso, no se produce así una quiebra sustancial del Estado de derecho? ¿resultan aplicables en la frontera las normas del procedimiento administrativo? ... Para negar que aquellos forasteros sufren una detención podría recurrirse a la parábola del ángel exterminador que relató en imágenes Luis Buñuel.

# SIDA: CUESTIONES LEGALES. DISCRIMINACION Y ENFERMEDAD: EL ENFOQUE HUMANISTA EN LA LUCHA CONTRA EL SIDA

C. CONDE-PUMPIDO TOURON  
Magistrado de la Audiencia Provincial de Segovia

El miedo a la propagación del SIDA puede generar, y de hecho ha generado en determinados sectores sociales, una «epidemia de prejuicios» que conlleva la generalización de actitudes discriminatorias contra quienes padezcan la enfermedad o sean portadores de anticuerpos. El fenómeno no es nuevo ya que históricamente las reacciones sociales, sobre todo de los sectores menos informados, frente a las enfermedades contagiosas y fundamentalmente las epidemias, han estado marcadas por grandes dosis de irracionalidad y primitivismo, no exentas en muchos casos de crueldad. Como destacó el informe español a la XVI Conferencia de Ministros Europeos de Justicia (Lisboa, junio 1988): «La escasez y el primitivismo de los recursos sanitarios, la insuficiente información sobre la etiología de las enfermedades contagiosas, la identificación de los impactos epidémicos con fenómenos mágicos o religiosos, etc., no contribuían precisamente a facilitar una respuesta, individual o colectiva, acomodada a la verdadera realidad y entidad de esas situaciones de grave extensión de enfermedades contagiosas, como por ejemplo: segregación del cuerpo social, expulsión del mismo, ejercicio de la justicia privada o, pura y simplemente, exterminio del afectado por el contagio epidemiológico. Estas han sido algunas de las reacciones más frecuentes con las que, afortunadamente en tiempos ya pasados, se respondía ante las manifestaciones endémicas».

Esta identificación entre «enfermo» y «culpable», históricamente fruto de la ignorancia y del pánico, se ve favorecida en el caso del SIDA por factores diversos entre los que cabe destacar el carácter mortal de la enfermedad y su proliferación inicial en grupos humanos (homosexuales, toxicómanos) que permiten a determinados sectores fomentar la segregación, marginación e incluso represión de estos enfermos, identificando interesada y demagógicamente enfermedad y vicio.

No es de extrañar que, desde un primer momento, preocupase a las Autoridades Sanitarias, la necesidad de evitar la discriminación de estos enfermos y de fomentar un enfoque preventivo —y no represivo— del tratamiento de la enfermedad. Así, en la Cumbre Mundial de Ministros de Salud sobre Programas de Prevención del SIDA (Londres, enero 1988), se aprueba una conclusión en la que destaca: «La necesidad de que los programas de prevención del SIDA protejan los derechos humanos y la dignidad de las personas. La discriminación y la estigmatización de los sujetos infectados por el VIH y de los enfermos de SIDA socava la Salud Pública y debe evitarse».

Asimismo la 41 Asamblea de la Salud, adopta en Ginebra el 13 de mayo de 1988 la resolución WHA41 sobre la «necesidad de evitar toda discriminación contra las personas infectadas por el VIH y las personas con SIDA» en la que la Asamblea se declara «firmemente persuadida de que el respeto a los derechos humanos y la dignidad de las personas infectadas por el VIH y de las personas con SIDA, así como de los miembros de determinados grupos de población, es indispensable para la eficacia de los programas nacionales de prevención y lucha contra el SIDA y de la estrategia mundial» e insta a los estados miembros, entre otras cosas, a que «eviten toda medida

discriminatoria o de estigmatización contra estas personas en las prestación de servicios, el empleo o los viajes».

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en 41 Sesión Ordinaria, aprobó la Recomendación 116 (198) referente a «SIDA y Derechos Humanos» en la que «estimando que es primordial cuidar de que los derechos humanos y las libertades fundamentales no se pongan en peligro en nombre del miedo que inspira el SIDA» e «inquieta particularmente por las discriminaciones de que son víctimas algunos enfermos e incluso las personas seropositivas», «convencida de que un enfoque humanista es plenamente compatible con la lucha contra la enfermedad», termina recomendando al Comité de Ministros del Consejo de Europa el refuerzo de la cláusula de no-discriminación del artículo 14 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre «bien añadiendo la salud entre los motivos de distinción prohibidos, bien elaborando una cláusula general de igualdad de trato ante la Ley» e invoca a los estados miembros del Consejo de Europa a «tomar todas las medidas necesarias para asegurar el respeto a confidencialidad y/o el anonimato de las personas seropositivas o enfermas de SIDA».

En el mismo sentido la CEE ha adoptado resoluciones que refuerzan esta misma política. Así el Consejo de las Comunidades Europeas y los ministros de Sanidad de los estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, aprobaron en Bruselas el 27 de noviembre de 1989 una resolución relativa a la lucha contra el SIDA (10048/89), que contiene un apartado específico de «lucha contra la discriminación», que establece expresamente: «1.º Cualquier discriminación de las personas que padezcan el SIDA o la infección de VIH constituye una violación de los derechos humanos y, por sus efectos de exclusión y de estigmatización, va en contra de una política eficaz de prevención. 2.º La libre circulación de personas, bienes y servicios en Comunidad y la igualdad de trato establecidos en los tratados están garantizadas y deberán seguir estándolo. 3.º Por consiguiente, conviene ejercer la mayor vigilancia posible para luchar contra cualquier forma de discriminación, en particular en la contratación, en el lugar de trabajo, en la escuela, así como en materia de vivienda y de seguro de enfermedad. 4.º Más concretamente, en materia de vivienda y de seguros privados sería conveniente buscar soluciones que concilien los intereses económicos con el principio de no discriminación».

La necesidad de evitar dicha discriminación ha propiciado, además de las citadas declaraciones internacionales, diversas reacciones jurídicas entre las que cabe destacar la reforma legal francesa de 1990 y la «Clínica Legal» antidiscriminación puesta en marcha por la Universidad de Columbia, en EEUU. La Ley francesa (Ley 90/1990 de 12 de julio), abarca con carácter general la protección de las personas contra las discriminaciones por su estado de salud o su minusvalía y tiene por objeto asegurar la sanción eficaz de las actuaciones discriminatorias derivadas del estado de salud de las personas, partiendo del principio de que la legislación relativa a la lucha contra las discriminaciones ha estado marcada por la extensión a diferentes campos de disposiciones inicialmente destinadas a la lucha contra el racismo. El texto tiene un alcance limitado —se trata esencialmente de una reforma de la legislación penal— pero con un valor simbólico y disuasor importante. Aun cuando no se refiere de manera expresa al SIDA, para no limitar su eficacia a una única enfermedad, su aprobación fue inspirada por el Consejo Nacional de SIDA y tanto en los debates parlamentarios como en la presentación ministerial de la ley se puso de relieve que ha sido la aparición del SIDA lo que ha actualizado el peligro y gravedad de las discriminaciones de-

rivadas del estado de salud. La ley sanciona los actos discriminatorios tanto si proceden de la Administración (art. 187-1.º del Código Penal francés), como de las personas privadas (art. 416 del mismo Código) y concede a las asociaciones la posibilidad de intervención en el proceso penal constituyéndose en parte (art. 2-8.º del Código de Procedimiento Penal francés). Es de interés destacar que la ley fue aprobada por unanimidad por la Asamblea Nacional francesa.

Junto a esta reforma legislativa, que en el campo del Derecho Penal antidiscriminatorio parece, por el momento, lo más avanzado del Derecho Comparado, debe destacarse el proyecto de la Universidad de Columbia que, en lugar de centrarse en reformas legales, se dirige a obtener un cuerpo jurisprudencial antidiscriminatorio, como lógica consecuencia de la diferencia entre ambos sistemas jurídicos (continental europeo y de *Common Law*), en el que el segundo se orienta a la creación del precedente judicial. Como señalan Barnes, Greenberg y Pinsky, los problemas jurídicos relacionados con el SIDA aumentan en EEUU vertiginosamente, plantando cuestiones legales cada vez de mayor dificultad e interés. Sin embargo, la inicial ausencia de servicios legales antidiscriminatorios de alta calidad impidió durante cierto tiempo que el público adquiere conciencia de que la discriminación fundada en el VIH o el SIDA es ilegal, y puede ser muy costosa para quien la practique. Para remediarlo, se creó una «Clínica Legal de SIDA» en el seno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia, como respuesta a la necesidad de servicios legales para actuar contra la discriminación y también como consecuencia del interés de los estudiantes en las cuestiones legales referentes al SIDA. La clínica centra su actividad en la representación de los intereses de personas carentes de medios económicos para acudir a tribunales y ha obtenido ya un buen número de sentencias favorables, tanto en el campo de la discriminación laboral como en el de la vivienda, los seguros, o el acceso a los cuidados médicos, constituyendo una serie de precedentes que inician en EEUU un cuerpo jurisprudencial sancionador de la discriminación por razón de enfermedad.

En España, la Ley General de Sanidad (Ley 24/86 de 25 de abril), garantiza el acceso a la asistencia sanitaria pública a toda la población «en condiciones de igualdad efectiva» (art. 3-2.º) y por otra parte la discriminación está proscrita, con carácter general, en el artículo 14 de la Constitución Española, reiterándose la prohibición para el ámbito sanitario en el artículo 10-1.º de la Ley General de Sanidad que garantiza el derecho de los pacientes al respeto de su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin discriminación de ningún tipo, derecho que dicha ley hace extensible también a los servicios sanitarios privados (art. 10-15). Asimismo existe una abundante normativa administrativa de protección de las minusvalías, pudiendo también originar las actuaciones discriminatorias reclamaciones de responsabilidad civil.

Sin embargo, no existe en España una adecuada sanción penal de los comportamientos antidiscriminatorios por razón de enfermedad. En efecto, el actual Código Penal español contiene dos preceptos sancionadores de los comportamientos discriminatorios; el primero de ellos (art. 165 del Código Penal), establece que «incurrirá en pena de arresto mayor y multa de cien mil a un millón de pesetas el particular encargado de un servicio público que, por razón de origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político, sindicato, de una persona, le denegare una prestación a que tuviese derecho. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos referidos se cometieren contra una asociación, fundación o sociedad, o contra sus miembros por razón de origen, sexo o situación familiar de sus miembros, o de alguno de ellos, o por razón de la etnia, pertenencia

o no pertenencia de aquéllos o de una parte de los mismos a una etnia, nación, raza o religión determinada. El segundo (art. 181 bis del Código Penal), sanciona «los funcionarios públicos que cometieren alguno de los actos previstos en el artículo 165, quienes incurrirán en la misma pena en su grado máximo y en la de suspensión». Dichos preceptos no contemplan la discriminación por razón de enfermedad; dado que las leyes penales no pueden ser aplicadas en forma extensiva o analógica, con perjuicio del reo, la protección específicamente penal contra actuaciones discriminatorias por razón de enfermedad, requeriría una modificación del Código Penal similar a la realizada en Francia por la Ley 90/1990. Esta modificación fue propuesta por un grupo de médicos y juristas coordinados por Seisida y médicos del mundo, en una reunión celebrada en Madrid el 22 de febrero de 1991, y se encuentra actualmente en estudio en el Ministerio de Justicia para posible incorporación al artículo 515 del Anteproyecto del nuevo Código Penal.

La sanción de la discriminación por razón de enfermedad no responde sólo a razones de justicia sino también a una política de Salud Pública, consciente de que el rechazo y la marginación del enfermo provocan su alejamiento de los servicios de salud y la ocultación de su condición ante el temor de las consecuencias negativas que en el plan social pueda conllevar el conocimiento de su seropositividad. Por ello la sanción de la discriminación es coherente con una política fundada en la información, la prevención, la confidencialidad, el consentimiento informado, etc.

Sin embargo, frente a esta orientación, se abre camino otra más autoritaria, en la que predomina el interés por sancionar penalmente las conductas de los enfermos que ocultasen su enfermedad y pudiesen, eventualmente, transmitirla. Esta tendencia puede observarse fundamentalmente en EEUU (véase «Normativa de Salud Pública y la epidemia del SIDA», Seisida 3-4, «Legislación sobre SIDA en los EEUU», Seisida 3-2), pero también en España se han levantado voces reclamando una intervención más activa de la justicia penal contra los presuntos transmisores. Una comisión de penalistas españoles y alemanes (Luzón Peña, Mir Puig; Silva Sánchez, Bernd Schunemann y Bilfried Botke) han propuesto introducir en el Código Penal un nuevo precepto, del siguiente tenor literal:

«1.º El que expusiere a otro sin su consentimiento el peligro de infección de virus de inmunodeficiencia humana, conociendo el riesgo existente o teniéndolo por posible, será castigado con la pena de prisión menor en su grado medio o máximo (de dos años, cuatro meses y un día a seis años).

2.º Si llegare a producir la transmisión del virus de inmunodeficiencia humana se impondrá la pena de prisión mayor (de seis años y un día a doce años).

3.º El que en el caso del párrafo anterior obrase sólo de modo imprudente, será castigado con arreglo a lo dispuesto en los artículos 565 ó 566 bis.

4.º Podrán imponerse las penas inferiores en grado a las señaladas en los números anteriores si el sujeto fuere portador del virus de inmunodeficiencia humana.»

El párrafo primero está concebido para superar las dificultades que plantea la prueba de la relación de causalidad, estimando los autores de la propuesta que dicho párrafo sería el más fácilmente aplicable, porque no exige la efectiva transmisión del VIH, sino sólo exponer a otro en su consentimiento al correspondiente peligro de contagio.

A título expositivo, y para conocimiento del alcance de la propuesta, puede señalarse que Luzón Peña (Poder Judicial, n.º 23, págs. 87 y ss.), analiza como conductas presuntamente punibles por imprudencia la actuación del seropositivo que use pre-

servativos en el acto sexual (pues disminuye el riesgo, pero no lo «excluye totalmente»), o de quien mantiene relaciones sexuales desconociendo su condición de seropositivo, pero debiendo sospecharla («por pertenecer a un grupo de alto riesgo»).

El Código Penal español vigente sanciona únicamente a quien propague una enfermedad transmisible a las personas «maliciosamente» (art. 348 bis), lo que la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria equipara a transmisión intencional, no admitiendo el dolo eventual.

Obviamente la transmisión dolosa o imprudente de la enfermedad puede también sancionarse conforme a los preceptos ordinarios como delito de homicidio (art. 407 del Código Penal), lesiones (art. 420 y concordantes) o imprudencia (art. 565); sin embargo, no existe hasta la fecha, en la práctica de nuestro país, una posición activa de persecución penal de conductas de presunta transmisión de enfermedades por contagio. Esta actitud del sistema penal español, es, a mi entender, coherente con las conclusiones de la XVI Conferencia de Ministros Europeos de Justicia (Lisboa, junio de 1988), que estiman que la intervención del Derecho Penal en este campo debe ser «el último recurso», debiendo subordinarse su intervención a los objetivos esenciales de Salud Pública (prevención, responsabilización, colaboración) y rodearse de una atención esencialmente dirigida a la protección de los derechos humanos, y esencialmente de la intimidad, de la dignidad y la necesidad de evitar cualquier discriminación o mención. Sin que ello implique desconocer la responsabilidad penal de quienes transmitan voluntaria o culpablemente la enfermedad, ha de evitarse que la intervención penal atribuya a difundir reacciones de pánico o de rechazo a la población en general o sea contraproducente respecto del objetivo esencial de combatir la difusión de la enfermedad, al provocar la confusión de los conceptos de responsabilidad y enfermedad, y convertirse en un obstáculo, para una política sanitaria fundada en la prevención, la información, la educación, la voluntariedad y la confidencialidad. No sería la primera vez que una bien intencionada pena de intervención penal represiva, tuviese un efecto contraproducente en una delicada cuestión de salud pública.

# SOBRE EL ETNOCIDIO, EL GENOCIDIO Y LAS EMIGRACIONES

Antonio GIMENEZ PERICAS

## I. ETNOCIDIO Y GENOCIDIO

Etnocidio y genocidio son términos semejantes y de amplio espectro que indican resultados victimales genéricos y masivos de etnias y pueblos a los que el victimario ha designado como enemigo natural al que hay que liquidar.

Pero el mecanismo disparador es el racismo y la xenofobia, que más que conceptos son actitudes a veces, parece que como componentes genéticos tribales lo que explicaría la pesimista observación de algún antropófago referente a que el progreso no ha aportado demasiado a la mitigación del racismo y tampoco las religiones han contribuido visiblemente a dulcificar sus consecuencias, cuando no a exacerbarlas, como se ha puesto de actualidad en este fin de siglo a través del renacimiento de los fundamentalismos tendentes a la instauración de regímenes teocráticos cuya inicial proclama es el rechazo al infiel, casi siempre coincidente con el extranjero.

Como la Biología todavía no ha aportado verificación científica alguna del componente racista en el genoma humano las explicaciones sobre el origen y el desencadenamiento del racismo residen todavía en el campo de la Psicología Social. Esto es, no mucho más allá de la literatura de los profesores, con lo que las explicaciones más entendibles proceden de la descripción de sus causas históricas y de carácter político, sobre los cuales los distintos criterios no son nada pacíficos.

Lo cierto es que el racismo es una actitud presente y compartida por una gran parte de la población de cada país. En particular de la población de los países más favorecidos económicamente. Este, por lo menos, es un dato empírico digno de ser tenido en cuenta.

Observemos una prueba reciente:

El 22 de septiembre del año pasado un diario de gran tirada publicaba un cuadro sobre la «Cronología reciente del racismo en la escuela»:

Cronología reciente del racismo en la escuela

1985: 400 niños son sacados de clase por sus padres en el colegio Severo Ochoa de Madrid, ante la presencia de 35 escolares gitanos.

Vecinos del barrio gijonés de Tremañes retienen a un concejal ante el anuncio de que 100 niños gitanos se integrarán en un nuevo centro escolar.

1986: El primer día de clase en los colegios Mirasierra y Alhambra, del distrito madrileño de Carabanchel, 120 niños gitanos entran acompañados por cuatro parlamentarios de la comunidad y el director provincial de Educación para evitar el rechazo.

La solicitud de matrícula de 47 niños gitanos es rechazada en los colegios públicos Díaz Pintado y Fernández de los Ríos en Burjassot (Valencia).

1987: Un colegio de Tarragona cierra la puerta para presionar la expulsión de unos escolares gitanos.

1988: 45 niños gitanos son rechazados por colegios públicos de Ripollet (Barcelona).

1989: 14 niños gitanos son rechazados en el colegio José Calderón Púa en la barriada malagueña de Campanillas.

1990: Grupos de padres impiden la entrada de cinco niños gitanos en el colegio José Ruiz de Gordo en Andújar (Jaén).

1991: Vecinos de Mancha Real (Jaén) impiden la escolarización de cuatro niños gitanos en el colegio público Sixto Sigler.

Esta publicación se hizo con ocasión de los sucesos de Mancha Real. Un periodista destacaba que en una de las paredes del Colegio Público Sixto Sigler de Mancha Real un viejo cartel colocado en una de sus paredes rezaba: «Los niños aprenden lo que ven: si un niño vive con hostilidad aprende a pelear.» Sabia recomendación —decía el periodista— que debió quedar inadvertida para muchas de las madres de los 1.370 alumnos del Colegio, que, «a voz en grito y amparadas por su propia masa, llamaban asesinos a cuatro niños gitanos en los primeros días del curso» y «tanto afán pusieron en sus labios que sus propios hijos los imitaban»

Como es sabido la Guardia Civil tuvo que proteger a los niños gitanos en trance parecido en su mecanismo desencadenante a como las tropas de la Guardia Nacional de los EE.UU. tuvieron que proteger a los niños negros que querían durante la época de Kennedy acudir a las escuelas de Alabama.

Pero tampoco los negros se salvan de recibir la aversión racista en aquellos países, como los europeos, que podían cómodamente denostar el racismo que cinematográficamente se les mostraba, antes de que tuvieran que convivir con minorías de color. Como una traición del subconsciente común la mayoría de los protagonistas de la caza del gitano, del moro o del negro invariablemente exclama: «Yo no soy racista, pero que no se mezclen conmigo.»

La única barrera existente entre el racismo y la xenofobia y sus ominosas consecuencias, el etnocidio y el genocidio, es la organización del Estado Social y Democrático y de Derecho, naturalmente de carácter laico a pesar de que esta verificación de corte teórico y empírico se trata de contestar cuando las necesidades electorales en el seno de esos mismos Estados y utilizando sus reglas de juego azuzan los contenidos racistas de amplios sectores del electorado. El ejemplo más tópico ha sido el ascenso de Le Pen en Francia. Pero el problema sigue siendo básico y metapolítico: ¿Por qué los sentimientos y actitudes racistas?

La explicación que salta a la vista atribuye el despertar y auge del racismo a la competencia en el mercado de trabajo. Parece evidente que ésa es la clave de su ascenso ya que cada población originaria pronuncia su rechazo del distinto racialmente, como del extranjero, ya que ambos le disputan el puesto de trabajo; pero no es evidente que ésta sea la única causa, porque a pesar del rechazo común al diverso racial y al extranjero, la diferencia entre ambos rechazos es notable hasta el extremo de que al primero se le odia y se le persigue. El ejemplo concluyente es el del rechazo al pueblo gitano.

Nos hace pensar que se trata del mismo mecanismo de rechazo, compartido, como no, por la clase dirigente, que condujo en España a la persecución y expulsión de moros y judíos y del que tantas connotaciones racistas conserva el lenguaje.

Han venido entremezcladas actitudes religiosas totalizadoras y dogmatizadas que por una parte constituían la cínica ideología del poder tradicional, inspiraban las leyes y la razón de Estado; y por otra parte, a través del lenguaje y de la costumbre, pasaban a ser ingrediente único de la cultura popular de los, al fin y al cabo, vencedores históricos: Las minorías residuales, ya que el racismo siempre se dirige contra una minoría doméstica, serían estigmatizadas, ya que su sangre era impura, su religión otra y si se convertían esta conversión sería falsa, eran «marranos». En cambio



la identidad de los propietarios de la patria y de la fe es una identidad de resistencia frente a la impureza. Por eso tiene que ser agresiva y expulsar al contaminante.

Los ejemplos clásicos de victimación masiva y genérica a través del Genocidio que los autores han propuesto son: la llamada Causa Armenia, el Holocausto Judío y el de los indios americanos.

Esta propuesta ejemplificadora así enunciada —la hace Elías Neuman en su libro— aunque es coherente en los dos primeros casos por las razones que se explicarán, está cargada de relativismo histórico.

El exterminio de unos pueblos a mano de otros parece que ha sido una constante desde la época de las grandes migraciones; espeluznantes noticias de estos arrasamientos nos da la Biblia.

La especulación sobre el genocidio que hubieran cometido los españoles del descubrimiento y conquista de América, fue polémica desde el principio hasta esos extremos niveles de apasionamiento en los que contienden la justificación de las desgracias colectivas mutuas, y el más ostentoso ridículo patriotero. Estuvo de actualidad con los fastos del V Centenario, sobre el que parecía aletear el espíritu vengativo de los dioses amerindios: todo se hundía o se incendiaba.

El interés de este ejemplo extraído de los siglos XVI y XVII, como lo atestigua Neuman, es la pervivencia de la práctica del genocidio en América. Los testimonios son innumerables y de reproducción tan exponencial que nombrar una serie de ellos asumiría el riesgo de la pérdida mañana de su valor ejemplar.

#### a) La coherencia entre los genocidios históricos

La coherencia desde el punto de vista de los estudios victimológicos, a la que me refería, entre el genocidio que practicaron los turcos contra los armenios en 1915 y los alemanes con los judíos en la Segunda Guerra Mundial consiste en que el genocidio fue la puesta en práctica de una decisión política y se ajustó a un plan. En consecuencia se trata de victimizaciones genéricas, pero directamente dispuestas por los victimarios, que han alcanzado el poder político.

Respecto a la Causa Armenia, Elías Neuman noticia que las tropas inglesas que conquistaron Alepo en la Primera Guerra Mundial encontraron una comunicación telegráfica del ministro del Interior del Gobierno turco dirigida a los gobernadores turcos en la que ordenaba: «A la Prefectura de Alepo: Ya se ha comunicado que el Gobierno ha decidido exterminar totalmente a los armenios habitantes de Turquía. Los que se oponen a esta orden no podrán pertenecer ya a la administración. Sin miramientos por las mujeres, los niños y los enfermos, sin escuchar los sentimientos de la conciencia, es necesario poner fin a sus existencias. 13 de septiembre de 1915.

Esta orden recordaba la decisión inicial que comenzó a ponerse en ejecución en la noche del sábado del 24 de abril de 1915. El plan se ejecutó y la policía turca aniquiló a casi 1.500.000 armenios en las provincias que estaban en el Imperio Otomano, de una población total de 2.100.000 habitantes.

Muy oportunamente Elías Neuman recuerda que este ejemplo le sirvió a Hitler quien, comenzaba la invasión de Polonia en 1939, dijo en un discurso pronunciado para sus jefes militares: «Nuestra fuerza residirá en nuestra rapidez y dureza. He dado orden a las fuerzas especiales del Servicio Secreto para que se dirijan al frente polaco y maten sin compasión niños y mujeres. ¿Quién habla hoy, por ejemplo, de las matanzas de armenios?»

**b) Los sentimientos humanitarios y el holocausto**

El mecanismo de identificación cultural como nación cohesionada a falta de otros requisitos históricos de permanencia que es el caso particular de la nación alemana aún hoy en día requiere la previa identificación del otro y su exclusión. El mecanismo radical de identidad comunitaria exige el convencimiento, cuando ni siquiera la lengua sirve como signo exclusivo de participación en los mismos orígenes y destino, de que la humanidad nos pertenece, en el sentido de que los otros no son humanos y por tanto conspiran criminalmente para entorpecer nuestro excelso destino en lo universal, como, prestado terminológicamente por don José Ortega y Gasset, le gustaba decir al fundador de la Falange Española como definición de qué es la nación.

Obsérvese a este respecto el tríptico que nos ofrece Hans Magnus Enzenberger:

1. «F. Decreto sobre el sacrificio y tenencia de peces vivos y demás animales de sangre fría del 14 de enero de 1936:»

«Parágrafo 2 A: cangrejos, bogavantes y demás crustáceos cuya carne ha destinado el hombre para su consumo, se les dará muerte en lo posible por separado arrojándolos al agua en plena ebullición. Queda prohibido colocar los animales en agua fría o sólo templada y ponerlos a hervir después.»

Telegrama n.º 234.404 cursado en Berlín el 9 de noviembre de 1938 a todos los puestos y comisarias de policía: «En breve plazo tendrá lugar en toda Alemania operaciones de limpieza contra los judíos, en especial contra sus sinagogas. No debe ponerse obstáculos...» «Se hacen preparativos para la captura de unos 20.000 a 30.000 judíos en el Reich. Ante todo hay que elegir los judíos acaudalados. Se promulgarán más disposiciones en el transcurso de esta misma noche... Gestapo II. Firmado: Müller».

2. «2. Decreto para la protección de plantas silvestres y animales que no son de caza del 18 de marzo de 1936.»

«Parágrafo 16. Se autoriza a los propietarios de terrenos, a los usufructuarios o a sus mandatarios el apresar, sanos y salvos, y tomar en custodia gatos ajenos e incontrolados que durante el período del 15 de marzo al 16 de agosto, y mientras la nieve cubra el suelo, sean hallados en jardines, huertos, cementerios, parques o lugares públicos similares. Los gatos tomados en custodia se han de tratar con todo cuidado.»

«Telegrama n.º 663-43 de 25 de mayo de 1943 cursado en Varsovia al jefe superior de policía y de las SS en el Este:

«Al inciso 1. Del total de 56.065 judíos capturados, unos 7.000 se quitaron voluntariamente la vida en el curso de la gran redada efectuada en el ex distrito judío. Durante el transporte hacia T.II fueron exterminados 6.929 judíos, con lo cual la cifra asciende en total a 13.929. Hay que descontar aproximadamente 5-6.000 judíos de la cifra 56.065, los cuales perecieron en voladuras e incendios... El jefe de policía y de la SS en el distrito de Varsovia. Firmado Stroop». Y,

3. Discurso de Heinrich Himmler en Posen el 4 de octubre de 1943 a los SS-Gruppenführer:

«... La mayoría de vosotros sabréis lo que significa que haya 100 cadáveres tendidos en el suelo, o 300, o 1.000. Haber soportado esto —prescindiendo de excepciones de debilidad humana— y, además, haber guardado la compostura, he aquí lo que nos ha endurecido. Esta es la máquina gloriosa de nuestra historia nunca escrita y que nunca se escribirá».

Decreto para la protección de plantas silvestres y animales que no sean de caza:

«Parágrafo 23. Con objeto de proteger a los restantes animales en libertad no cazables se prohíbe, 1: El capturarlos o exterminarlos en masa sin un motivo razonable y justo.»

### c) Primeros ensayos de limpieza étnica: judíos y moriscos

Sin embargo por decencia histórica no debemos olvidar que el primer gran ensayo de limpieza étnica se hizo en España en 1492. Ciertamente es que vino arropado por el trasfondo histórico de varios siglos de razzias populares antisemitas en toda Europa, de discriminaciones decretadas por reyes y señores en los territorios de sus dominios y concretamente precedida por decretos soberanos de expulsión de los judíos de la monarquía inglesa en 1290 y de la francesa en el siglo XIV. Pero también podemos asegurar que los precedentes de reactivo carácter popular o planeado por los gabinetes regios eran más bien chapuceros frente a la meditada y bien planeada carta real de Isabel y Fernando de 31 de marzo de 1492, que ya tiene el sentido que la historia contemporánea dará a una solución final, porque a un lado de que se condicionaba la expulsión a la negativa al bautismo, la medida era irreversible. Esto es, a través de la expulsión, los reinos se desprendían del problema judío para *siempre*. Es triste el impudor con el que algunos historiadores confirman su propio racismo empeñándose en afirmar que la decisión real no fue racista sino simplemente religiosa. Al principio de la carta real de expulsión se recuerda que en las cortes celebradas en Toledo en 1480 ya se mandó apartar a todos los judíos «e dalles juderías e lugares apartados donde biviesen». La carta pues, constaba el fracaso de la condena al gueto revelando que la causa más directa de la expulsión es la necesidad de cohesión del Estado Monárquico, incitada por su instrumento, la Inquisición, que tiene la encomienda de edificar dicha cohesión nacional. En estas palabras: la identidad del pueblo en la fe. Se está inventando un Estado-Nación.

Los antecedentes conceptuales de la solución final serán:

- a) El ideal de sociedad cristiana universal unificada por la fe que expresaron los teólogos de principios del siglo XIII.
- b) La difusión en toda Europa de la imagen estereotipada del judío. Desde esta construcción del estereotipo a la «conjura judía» hay un solo paso que responde al código cultural del rechazo del *otro*. Y,
- c) En esta imagen estereotipada que permite la exclusión y eventualmente la eliminación del *otro* se depositan las propias inseguridades y miserias que a lo largo de los dos siglos siguientes se precipitarán sobre los judíos conversos.

El resultado de la medida defraudó a sus autores quienes parece ser que esperaban que el recurso al bautismo conjurara el riesgo de perder un notable e industrial sector de la población, entonces cifrada en cinco millones de habitantes.

Con acierto el profesor de Historia Medieval en la Universidad de Salamanca, Monsalvo Antón escribe que los Reyes, que no cayeron en la provocación montada por la Inquisición consistente en un complot de judíos y conversos sobre el Niño de la Guardia que llevó a la hoguera a varios inculpados en la conjura «seguramente sí se dejaron llevar por el clima de hostilidad hacia los judíos arraigado en la opinión pública. Los judíos serían —sigue diciendo el profesor Monsalvo— una vez más el chivo espiatorio para fingir o forzar, en torno a un valor compartido, una conexión ideológica que de hecho no existía en la sociedad».

Claramente pues aceptaron el riesgo pero no previeron las consecuencias: perdieron cien mil súbditos e inventaron la limpieza étnica.

El camino que se recorrió en España hacia la identidad nacional del Estado sobre una base religiosa no fue largo: Decretos promulgados entre 1525 y 1528 les incitaron a los moriscos al bautismo. Como efectivamente y en gran parte la conversión fue una formalidad y siguieron siendo criptomusulmanes, en 1609 se les expulsó. Culminó así el proceso de limpieza étnica iniciado con los judíos un siglo antes.

Pero si bien España ya no puede ser un Estado de acogida para los sefarditas instalados en el mediterráneo oriental o en el oriente próximo la gran paradoja de la Historia puede consistir en que los descendientes de aquellos expulsados, muchos de ellos lo menos estén cruzando el estrecho en las pateras procedentes de Larache, Nador, Zeluán, Alhucemas, Tremecén, etc.

El profesor de Historia del Islam Contemporáneo de la Universidad Autónoma de Madrid, don Bernabé López García noticiaba en noviembre de 1992 que tras la promulgación de la Ley de Extranjería en 1985 y después del ingreso de España en la Comunidad Europea, el primer proceso de regulación de extranjeros de 1986 demostró la existencia de un colectivo magrebí que se había duplicado en un año: de 6.000 personas en 1985 se pasó a casi 12.000 personas en 1987. Después de la nueva regulación, en 1991 eran 72.000 marroquíes legalizados y unos 3.000 argelinos estimándose en unos 8.000 no legalizados y no menos de otro tanto clandestinos.

El autor cifra el total de los musulmanes en España en unos 100.000. Inevitablemente se prevé un gran aumento de estas cifras, dada la permeabilidad de las fronteras, el efecto de rebote desde otros países de la Comunidad Europea y el reagrupamiento familiar de los legalizados. No es consolador que el problema sea común a los países europeos de sustanciosos cubos de basura. Es que los Estados Europeos por una parte se muestran reticentes a colaborar en el desarrollo de los países de origen de los refugiados y en ocasiones es explicable si los medios económicos exportados se desvanecen en las manos de los clanes dirigentes de esos países menos eficientes; y de otro lado, que los Estados europeos siguen anclados en el mito de su identidad nacional.

## II. LA IDEA DEL REFUGIADO COMO FENOMENO DE MASAS

En el sistema del Estado-Nación, los derechos sagrados e inalienables del hombre se encuentran desprovistos de tutela en momento mismo en el que ya no es posible configurarlos como derechos de los ciudadanos de un Estado.

—De aquí que el destino de estos hombres esté en las manos de la policía y las organizaciones humanitarias...

Experimentalmente se comprueba que los Estados de la Comunidad Europea, cada uno de ellos y todos en su conjunto organizado como embrión supraestatal, utilizan todos los medios políticos disponibles para oponerse a la marea inmigratoria. Y esta política cuenta con el beneplácito creciente de sus ciudadanos, a un lado de que se manifieste con más o menos crispación en cada nación lo que depende de la situación geográfica de cada país respecto del limes extraeuropeo y de la experiencia histórica como país huésped que haya tenido.

En su artículo «Alemania y la fortaleza europea», Jürgen Habermas —«El País» 15-7-93— se pregunta «desde un punto de vista normativo» si está justificada una política de cierre hermético de las compuertas de entrada a la inmigración.

Quizás el planteamiento inicial de los que en Europa reflexionan sobre estas cosas sea el mismo de Habermas: Los Estados Constitucionales modernos encarnan —en sus constituciones— los mismos principios generales, pero al mismo tiempo, reflejan en cada una de sus constituciones y desde ellas en sus ordenamientos jurídicos que organizan la vida, formas particularizadas de comportamiento e inhibición de sus ciudadanos.

Por otra parte, estos ciudadanos tienen derecho a conservar estas formas particularizadas de comportamiento colectivo nacional. Por otra parte, como están organizados en un Estado Democrático de Derecho cuyo quicio es una tabla de derechos universales, ¿cómo pueden exigir la asimilación de los emigrantes con formas de cultura y de comportamientos distintos en el más pacífico de los casos?

Habermas nos dice que esta textura se plantean dos niveles de asimilación:

El primero, ineludible, exige la aceptación de los principios de la Constitución. Citando a Rawls «cómo se practica la utilización práctica de la razón». Yo diría, las reglas de juego mínimas a las que todos los ciudadanos deben someterse.

El segundo nivel, que el emigrante debe estar dispuesto a «ejercitarse en la forma de vida, en las prácticas y en las costumbres de cultura nativa mayoritaria, hasta la integración ético-cultural» es lo que se denomina la aculturación del inmigrante.

El segundo nivel conlleva la negación personal del inmigrante. Desde un punto de vista victimológico su sacrificio. Es ofrecido a los ídolos del Estado de acogida como víctima propiciatoria. Debemos tener en cuenta —como Habermas hace— que en el Estado democrático de derecho suelen convivir distintas culturas pero cada vez menos, diversas formas de vida y esa forma de Estado de la diversidad no exige la aculturación de las minorías. Aplicando las reglas de juego de la Constitución, el estado de acogida no puede victimizar a los inmigrantes exigiéndoles la aculturación del primer nivel, la aculturación política, la asimilación de la Constitución. Habermas expresa así este límite:

«No está, sin embargo, justificada la asimilación que va más allá de la cultura política común y en favor de la autoafirmación de una forma de vida cultural preponderante en el país.»

Pero no se trata simplemente de un proceso de almacenaje de la mercancía idónea para el reciclaje constitucional de mínimos. Como los inmigrantes en virtud del mismo recibimiento constitucional no pueden ser despojados de sus creencias ni de sus tradiciones, incorporados a la comunidad de acogida influirán en ese segundo nivel ético-cultural de la comunidad, tradiciones que no han tenido que aceptar. Cambia el proceso de autocomprensión de la ciudadanía, los demócratas llaman a este cambio, enriquecimiento; los xenófobos y racistas: pérdida de la identidad de la nación.

Tras el derrumbe del muro de Berlín se han producido acontecimientos, que, según la perspectiva del observador, significarían el retroceso —hasta la época del desmembramiento del imperio austro-húngaro y una detente entre las grandes potencias— o la aceleración; sin dejar de lado las predicciones de Fukiyama sobre el fin de la historia.

Para algunos estudiosos el fenómeno nuevo que traspasará el siglo XXI y alterará la historia es el refugiado. Los refugiados ya no representarán casos individuales sino fenómenos de masas, como en los tiempos de la caída del imperio romano. Será de alguna manera la gran rebelión de las víctimas del desarrollismo de las naciones de economía altamente eficiente. Pero no sólo porque su irrupción provoque una catástrofe dimensionable en un pastiche cinematográfico-televisivo, sino porque ya re-

presenta una escisión entre la ciudadanía de los Estados desarrollados que disloca la identidad entre hombre y ciudadano. El filósofo italiano Giorgio Agamben (...) opina que «por esta razón, porque altera la antigua trinidad Estado-nación-territorio, el refugiado, esta figura aparentemente marginal merece ser considerado como la figura central de nuestra historia política». Y tras de la observación profesional sigue la alarma del ciudadano: «No hay que olvidar que los primeros campos de refugiados se construyeron en Europa como espacio de control y que la sucesión campos de internamiento—campos de concentración—campos de exterminio representa una progresión perfectamente real».

Esta diabólica progresión que parece la culminación avalada por la experiencia de la respuesta xenófoba a la amenaza del Estado se cumplirá si se sigue considerando al refugiado a la manera que dice Agamben como concepto-límite que va a provocar la crisis radical de los principios del Estado Nación consagrados en sus tablas de derecho del hombre y del ciudadano pero no si dejamos de fortificarnos en el desmesurado bastión de la identidad nacional en vez de expandir y desarrollar los derechos y animar el proceso de autocomprensión de la ciudadanía.

Jürgen Habermas recuerda que «los ejemplos de sociedades pluriculturales como Suiza y Estados Unidos, muestran que una cultura política en la que pueden arraigarse los principios constitucionales no presupone ningún origen étnico, lingüístico ni cultural común a todos los ciudadanos. Una cultura política liberal tiene como único denominador común un patriotismo constitucional que acentúe al mismo tiempo la sensibilidad hacia la diversidad y la integridad de las diferentes formas de vida que coexisten en una sociedad multicultural». (...)

Parece que éste es el único camino. Si no hay comprensión de otro, habrá victimización del otro. Lo más peligroso es que victimizar a un otro personalizado es un crimen pero victimizar a los otros es un genocidio cuya diferencia no reside sólo en la dialéctica numeral entre la singularidad y la pluralidad sino en la entidad genérica de todos los distintos frente a la falacia de nuestra identidad.

Si es cierto que actualmente el sueño europeo consiste en que en un futuro Estado federal europeo los principios jurídicos universales deberán ser interpretados desde las diferentes tradiciones nacionales será una ingenuidad creer que estas tradiciones no van a ser alteradas y enriquecidas por otras culturas extraeuropeas. Lo que habrá que garantizar es el respeto al marco mínimo de los derechos del hombre y del ciudadano y el marco político de organización democrática de la sociedad futura.

# LA EMIGRACION

Joaquín ALVAREZ LANDETE

La emigración es un fenómeno que normalmente se impone a la persona por motivos de subsistencia económica, fundamentalmente, y en otros por cuestiones de represión política o socio-cultural.

Como tal, afecta a los sectores marginados en sus distintas sociedades de origen, abarcando, en algunos casos a núcleos mayoritarios de población presionados por minorías locales detentadoras del poder o por los desequilibrios económicos internacionales.

El emigrante se convierte, normalmente, en un nuevo sujeto marginal en la sociedad receptora, disminuidos, cuando menos de facto, en sus derechos más elementales, en relación con los ciudadanos de origen, lo que le convierten en blanco de las discriminaciones de todo tipo.

La necesidad de propiciar la carta de ciudadanía del mundo, como factor superador de fronteras, —porque cada una de ellas constituye un muro de discriminación—, debe conducir a la promulgación de leyes que contemplen a la persona en condiciones de igualdad, con independencia de su origen y la abolición de todas las formas de discriminación.

Entre ellos la Ley Orgánica 7/85, que eufemísticamente se denomina «De los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España», cuando su contenido constituye, en lo esencial, un código represivo de cuanto se anuncia.

No menos importancia tiene la cooperación internacional efectiva para la superación de todas las formas de represión política y sociocultural. Y, en particular las de solidaridad tendentes a extinguir los grandes desequilibrios económicos existentes entre las distintas regiones y pueblos del planeta, sin los cuales la emigración no sería sino algo anecdótico.

La condonación de la deuda externa, multiplicada por la distinta fluctuación de las monedas de una forma artificial al venir constituida en divisas, supone un importante capital que se debía destinar al relanzamiento de las economías de los países pobres, atajando, en lo posible, el problema de la emigración involuntaria, por su raíz.

El Estado Español debe ya hoy optar entre crear un muro acorazado de espinos que le cierre la puerta a Africa y a los países del subcontinente centro y suramericano o crear vías anchas de solidaridad internacional que le obliguen a destinar un porcentaje sensible de su producto interior bruto en futuro. El 0,2 %, que recogen los actuales presupuestos del Estado, no satisface las necesidades que se demandan, ni se ajusta a las posibilidades de realidad española. Debemos recordar que la O.N.U. estableció su recomendación en torno al 0,7 %.

---

# ACUERDOS Y DECLARACIONES

---





## AL CONGRESO DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA

Como es sabido, el Ministerio de Justicia, trabaja actualmente sobre un *Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, del que ha dado traslado a las asociaciones judiciales, con las que ha celebrado varios encuentros para discutir el texto.

La propuesta ministerial comprende diversas materias susceptibles de debate y sobre las que cabe, naturalmente el acuerdo o la discrepancia.

Ahora bien hay un tema, el régimen disciplinario de los jueces, que en el *Borrador* resulta —por acción y por omisión— objeto de un tratamiento, tan extraordinariamente regresivo desde el punto de la independencia y tan pobre en su capacidad de incidir favorablemente en la prestación del servicio judicial, como para merecer la atención y la reflexión de este Congreso, con objeto de que los representantes de *Jueces para la Democracia* ante el ministerio puedan contar puntos de referencia nítidos en la materia.

El *Borrador* ministerial se caracteriza, en primer lugar, porque, aunque orientado a la reforma de la LOPJ, ratifica la opción de ésta consistente en renunciar a una regulación global y unitaria de la responsabilidad disciplinaria en el marco de esta ley.

Ello supone el mantenimiento de la histórica *doble vía* y, así, el actual estado de cosas, dejando la exacción de la llamada *responsabilidad disciplinaria procesal o judicial* a la iniciativa de los titulares de los órganos que conocen de los distintos recursos.

El procedimiento, como tendría que ser notorio para cualquiera familiarizado con la administración de justicia, ha acreditado hasta la saciedad ser francamente ineficaz a la hora de sancionar el incumplimiento por los jueces de sus deberes profesionales; y arbitrario, por su aleatoriedad, dados los escasísimos supuestos en que ha llegado a funcionar.

Por eso no puede dejar de resultar curioso que cuando, como hacen los autores del *Borrador*, se invoca «la necesidad urgente de reformar la regulación de la potestad disciplinaria», se prescinda, al hacerlo, de entrar en la reconsideración del área de la misma en el que más graves para el ciudadano son los incumplimientos, y, paradójicamente, mayor es la impunidad.

La razón de la ineficacia del sistema, hay que buscarla en que responde a una inteligencia de la *carrera* de inspiración *castrense*, mucho más preocupada por el mantenimiento de la disciplina interna y por el control ideológico, que por la proyección externa en términos de calidad en el desempeño de la función.

Pues bien, la lectura del texto de que se trata suscita grave preocupación porque, cuando menos objetivamente, se mueve dentro del aludido paradigma; pero, lo que es peor, profundizándolo.

En efecto, el *Borrador*, mientras mantiene el actual estado de cosas en materia de *disciplina procesal o judicial*, asegurando, por tanto, la perpetuación de la misma actual falta de respuesta a la generalidad de las infracciones de los deberes profesionales; persigue la introducción de algunas previsiones extraordinariamente lesivas para el principio de independencia, no sólo por su vaguedad e indeterminación, sino también porque inciden sobre el ejercicio de algunos derechos y sobre el núcleo mismo de la actividad jurisdiccional.

No cabe en los términos de este escrito entrar en el análisis pormenorizado de la

propuesta ministerial; y tampoco resulta necesario. Baste señalar que entre las conductas que se quiere hacer acreedoras de sanción se encuentran algunas tan significativas como:

— «*Las críticas*, fuera del ámbito estrictamente privado a los principios constitucionales». Es decir, comprendidas las que se produzcan en un espacio incluso privado, que no sea considerado *estricto* por el órgano sancionador.

— «Las actuaciones *tendientes* a vulnerar los derechos y libertades fundamentales». Es decir, conductas (?) representativas de un peligro tan abstracto y lejano como para no ser susceptibles de integración en el «*iter criminis*» de delito alguno.

— «La pertenencia a partidos políticos o sindicatos, la *actividad militante* o el desempeño de empleos a su servicio». Precepto de inutilidad manifiesta en lo primero; e incluso arriesgado en lo segundo, cuando, como es bien sabido, la proximidad ideológica, de inevitable proyección empírica en alguna clase de *actos*, es un criterio acreditado de selección de jueces en ejercicio para la provisión de diversos, y a veces altos, cargos en las instituciones.

— Ciertas acciones realizadas «incluso *con ocasión de resoluciones judiciales* si no guardan relación con la decisión que éstas incorporan o resultan manifiestamente desproporcionadas». Se trata de una previsión sin precedentes y extraordinariamente perturbadora, puesto que permitiría lisa y llanamente la *censura administrativa del núcleo de la actividad jurisdiccional*. Con ella se franquea, por vez primera, la vía al control político-disciplinario de los contenidos jurisdiccionales; haciéndolo en términos de notable ambigüedad y abiertos a impredecibles posibilidades de uso.

Es probable que trate de justificarse la opción en la necesidad de salir al paso de actuaciones judiciales tan lamentables como algunas conocidas. Pero, en valoración ponderada del contexto en que la propuesta se produce, hace que sea más razonable asociarla al propósito de profundizar en el control político de la magistratura, exteriorizando en repetidas y, algunas recientes, ocasiones por caracterizados representantes de la mayoría gobernante. Sin contar con que dentro de las actuales coordinadas aquel tipo de actuaciones no han quedado —sino todo lo contrario— sin respuesta en la opinión; y además podrían también tenerla, de carácter jurisdiccional y con garantías para la independencia, en el actual marco legal.

— «Las actuaciones o comportamientos de trascendencia pública capaces de comprometer la *dignidad* de la función judicial o la *credibilidad* en la independencia del juez o magistrado en un asunto de su competencia». En este punto, mejor que comentar, es remitirse a la experiencia histórica y, a partir de ella, preguntar si hay alguna razón que autorice a presumir que un medio como éste, de recia estirpe napoleónica, y acreditado instrumento de producción de inseguridad y, con ella, de actitudes dependientes, en los jueces, podría ahora rescatarse para dar apoyo efectivo a algún valor constitucional.

A la intranquilidad suscitada por datos como los expuestos, se une también la provocada por la recuperación para el derecho sancionador de una institución preliberal tan significativa como la *avocación*; de la que el Consejo podría hacer uso «cuando la *especial trascendencia* o las *implicaciones* en los hechos objeto de dicho procedimiento lo hagan *conveniente*», para alterar la garantía formal representada por el régimen ordinario de competencias.

Como se hacía notar al principio, la reforma que se proyecta no va a contribuir en modo alguno a la mejora de la calidad de la administración de justicia como servicio público, puesto que deja esa materia sometida al mismo tratamiento que ha demostrado, en una experiencia más que secular, su rigurosa ineficacia.

En cambio, las nuevas previsiones disciplinarias, si llegaran a formar parte de la LOPJ, dotarían a los órganos correspondientes de medios a los que una ejecutoria no menos dilatada ha acreditado como instrumentos de control político-ideológico, generadores de inseguridad jurídica y funcionales a una concepción de la *carrera* judicial impropia de un Estado democrático de derecho.

Por ambos órdenes de razones, es decir, porque las propuestas del *Borrador* no inciden positivamente, como resulta exigible, en el sector de la disciplina que más relación tiene con las necesidades del ciudadano; y porque serían fuertemente regresivas desde el punto de vista del estatuto del Juez, *Jueces para la Democracia*, cuya voluntad de contribuir a la mejora de la institución judicial no admite dudas, debe hacerlo ahora expresándose críticamente y con toda claridad al respecto; y quedando, *en este punto*, con la misma claridad, al margen de cualquier compromiso que pudiera significar alguna forma de aceptación o contemporalización con tales previsiones, que nunca podrían ser aceptadas *ni siquiera como hipótesis de trabajo*.

Esto no significa, en modo alguno, que Jueces para la Democracia valore positivamente el actual estado de cosas en materia disciplinaria. Por el contrario, es bien notorio que el mismo —que además ha sido objeto de un uso no siempre aceptable por parte de los órganos correspondientes— ha dado pruebas de su inadecuación a la única función que constitucionalmente cabría atribuirle, que es la de asegurar la eficacia en el cumplimiento por los jueces de sus deberes profesionales, con respecto de la independencia.

Del satisfacción a esta exigencia demanda un riguroso, profundo y detenido reexamen del actual régimen disciplinario, que no puede ser fruto de la precipitación, y que tampoco tendría por qué ser incompatible con la introducción de alguna reforma concreta dirigida a mejorar técnicamente algunas de las previsiones legales actualmente en vigor, en tanto se prepara su reforma global.

Por eso, los firmantes proponemos al Congreso de *Jueces para la Democracia*:

### **PROPUESTA QUE SE HACE AL CONGRESO DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA ACERCA DEL BORRADOR, EN MATERIA DISCIPLINARIA:**

1. Que se manifieste el más firme rechazo del *Borrador de Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial*, en lo que se refiere al régimen disciplinario, así como de la filosofía y la concepción de lo judicial que expresa.

2. Que se pronuncie sobre la necesidad de llevar a cabo una reforma del régimen disciplinario dirigida a dar a éste un tratamiento unitario, técnicamente riguroso y respetuoso con los principios constitucionales relativos a la función judicial, que asegure la eficacia en el cumplimiento de los deberes profesionales de los jueces, en el sentido de la tabla reivindicativa que contiene el documento «Consideraciones ...» elaborado por nuestros representantes ante el Ministerio.

3. Que se pronuncie, asimismo, enérgicamente, en contra de cualquier propuesta de intervención administrativa en el contenido de las resoluciones jurisdiccionales; y de cualquier intento de control ideológico de la actividad judicial.

4. Que se manifieste la disposición asociativa a intervenir en el debate de cualquier texto sobre la materia, que responda a las exigencias de principio que en tema de independencia judicial ha defendido siempre la asociación.

5. Que se manifieste, finalmente sobre la necesidad de que se mantenga por el Ministerio de Justicia una política de apertura al debate con las asociaciones judiciales sobre los temas de interés para la justicia.

# LA ASAMBLEA ACUERDA

## Secretariado

1. Conferir al Secretariado la representación de la Asociación ante los Organos, Tribunales y Oficinas del Estado, y a tal efecto otorgar, en nombre de la Asociación los poderes necesarios, con inclusión de poderes para pleitos.
2. Facultar al Secretariado para que, en nombre de la Asociación, pueda recibir subvenciones, suscribir pólizas de seguros, llevar a cabo contratación de personal, contratos de arrendamientos y, en general, cualquier función de atención ordinaria.
3. Facultar, asimismo, al Secretariado, para que pueda delegar todas o parte de las anteriores facultades en favor de sus miembros para que cualesquiera dos de ellos puedan ejercerlas mancomunadamente.

# PONENCIA DE REFORMA DE ESTATUTOS QUE PRESENTA LA SECCION TERRITORIAL DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA DE LA REGION DE MURCIA

Se propone por esta sección territorial la reforma del art. 11 «El secretariado» de los vigentes estatutos.

## REDACCION QUE SE PROPONE:

1. Se compone de nueve miembros elegidos por la Asamblea General.
2. Quedaría tal como está.
3. Resultarán elegidos los nueve candidatos más votados.

## FUNDAMENTACION

La reforma que se propone tiene como fundamento la profundización en la democracia interna de la asociación y el respeto a las Asociaciones Territoriales minoritarias, dentro de la Asociación. La redacción original, reservando un puesto en el Secretariado para cada una de las seis secciones territoriales con mayor número de afiliados, que puede tener una justificación histórica carece hoy de sentido. En la práctica la coaligación sistemática en los Congresos «electorales» de Madrid, Cataluña, País Vasco, Galicia, Comunidad Valenciana y Andalucía ha conllevado, a que monopolizen la elección de los miembros de dicho órgano, frustrando la posibilidad de acceso al mismo de los miembros de las secciones minoritarias y falseando en definitiva lo que todos entendemos como un proceso electoral auténticamente democrático.

---

Nota: Fue votada mayoritariamente, aunque no alcanzó los tres cuartos de votos necesarios para la reforma estatutaria.

# PROPUESTA QUE LA SECCION TERRITORIAL DEL PAIS VASCO PRESENTA A LA MESA DEL VIII CONGRESO DE JUECES PARA LA DEMOCRACIA, PARA SU APROBACION, SI PROCEDE POR EL PLENO

El VIII Congreso de Jueces para la Democracia reitera y ratifica la Declaración sobre el Terrorismo efectuado en San Sebastián el día 29 de Febrero de 1.992, y en tal sentido:

— **CONDENAMOS** el terrorismo de ETA, expresión de irracionalidad y frialdad más cruel, incompatible en el marco de una sociedad democrática, donde toda disidencia, todo proyecto político tiene campo de actuación garantizado por la ley.

— **NOS REAFIRMAMOS** en la convicción de que los Jueces deben seguir cumpliendo su función constitucional desde la serenidad con imparcialidad y respeto a las debidas garantías, sin que sean necesarios recuerdos apresurados al respecto.

— **RECHAZAMOS** toda violación de derechos humanos que pueda producirse en el contexto de la lucha antiterrorista y que paradójicamente se convierte en coartada para las aberrantes justificaciones de la dialéctica terrorista.

— **APOYAMOS** la nueva actitud que se constata contra el terrorismo en la sociedad vasca, con el convencimiento de que en la superación del miedo individual y colectivo se inicia el camino para la recuperación de la libertad y dignidad personal y colectiva, y al mismo tiempo puede producir el comienzo de procesos individuales de reflexión de quienes con su acción, con su silencio o con su ambigüedad están por la violencia.

— **COMPARTIMOS** el sufrimiento de tantas y tantas víctimas del terrorismo y queremos transmitirles un mensaje de solidaridad y entereza.

— **APOSTAMOS** por el triunfo de la razón y la tolerancia, por la vida y la libertad, nos sentimos solidarios con nuestros conciudadanos, hombres y mujeres del País Vasco y del resto de España, con los que queremos construir cada día una sociedad más justa, más participativa, más humana y, en definitiva más democrática.

Desde esta perspectiva:

1. Expresamos nuestra condena por el secuestro de Julio Iglesias Zamora que hoy cumple 110 días de cruel e inhumano cautiverio a manos de ETA, al tiempo que expresamos nuestra solidaridad a su familia y a los trabajadores de IKUSI, que con su ejemplar conducta han sabido dinamizar a la Sociedad Vasca.

2. Con la misma legitimidad creemos que el primer deber de los cuerpos policiales es garantizar la vida de los detenidos. Estimamos como gravísimos hechos, las tres muertes ocurridas recientemente en dependencias de la Ertzaintza, Guardia Civil y Cuerpo Nacional de Policía. Confiamos que las investigaciones judiciales esclarezcan los hechos y, en su caso, determinen las responsabilidades a que hubiere lugar.

3. Apoyamos el incremento en la respuesta social del Pueblo Vasco al terrorismo, y esperamos que mantenga y no decaiga su denuncia ante cualquier violación de derechos humanos, sin miedos, sin silencios y sin discriminaciones.

4. Como última manifestación del terrorismo, ETA asesinó el día 19 de este mes al general médico del Ejército del Aire, Don Dionisio Herrero. Condenamos este nuevo atentado y expresamos nuestra solidaridad a sus familiares y compañeros.

# COMUNICADO DE APOYO A ANTONIO GIMENEZ PERICAS

Sección Territorial del País Vasco

Una vez más, la actuación de un órgano judicial en el País Vasco ha sido objeto de un ataque interesado desde los sectores que basan todas sus actuaciones en la intolerancia y en el más absoluto desprecio a las Reglas del Estado de Derecho.

En esta ocasión una Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Donostia que condenó a una pena privativa de libertad a dos ex-concejales de Herri Batasuna, siendo posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo y que se halla en fase de ejecución, ha tenido como inmediata consecuencia un furibundo ataque contra un miembro de esta Asociación, el compañero Antonio Gimenez Pericás, colocándolo así en el punto de mira de quienes no conocen otro lenguaje que el de la violencia asesina. Tal ataque se ha concretado en una campaña de prensa en el diario EGIN en la que con una burda tergiversación de los hechos, omisiones interesadas y valoraciones tendenciosas, se ha personalizado exclusivamente en el Ponente de la Sentencia, el citado compañero, lo que es esta campaña se califica de «arbitrariedad», personalización que tiene su explicación en el único hecho de ser el Ponente «un juez con lazo azul» que, según dicen, habría optado «por la discriminación, la injusticia y la comodidad, reclamando los derechos sólo de algunos:», y ello por el único motivo de ser el Ponente impulsor destacado del movimiento «Iniciativa Ciudadana por la liberación de Julio Iglesias Zamora:», finalizando la campaña conectando la resolución judicial con lo que llaman «política del todo vale», esto es, de directa participación del órgano judicial, y particularmente del Ponente, en lo que llaman, a su vez, «acoso y derribo de los orquestadores de la campaña».

Ante estos hechos, el VIII Congreso de JpD,  
ACUERDA:

1. Rechazar la campaña de prensa dirigida contra la Audiencia Provincial de Donostia y particularmente contra el Ponente de la Sentencia mencionada, por considerar que la misma no es sino una muestra más de la intolerancia y desprecio deliberado de las reglas del juego del Estado de Derecho para conseguir los objetivos de sus promotores.
2. Manifiestar nuestro apoyo a los miembros del Tribunal, y especialmente al Ponente de la Sentencia.
3. Lamentar la inhibición de la Sala de Gobierno del TSJ del País Vasco, mostrando falta de sensibilidad ante determinados ataques o intentos de cercenar la independencia judicial, instándola a responder adecuadamente a los mismos.



# **DECLARACION SOLICITANDO LA DIMISION DE LA CORTE SUPREMA DE EL SALVADOR**

**Manuel MORAN**

Jueces para la Democracia solicita que se dé cumplimiento a la recomendación de la Comisión de la Verdad en el sentido de que los miembros de la Corte Suprema de Justicia del Salvador (Centroamérica), dimitan de sus cargos a fin de que se proceda a la renovación de dicha Corte en la manera prevista por los Acuerdos de Paz.

# DECLARACION DE MEDEL DE APOYO A LOS COMPANEROS DE ASONAL JUDICIAL (COLOMBIA)

Magistrados europeos por la democracia y las libertades

En un Estado de Derecho, la Administración de Justicia es garantía de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos y para cumplir su función necesitan de elementos humanos y materiales indispensables.

Es igualmente fundamental en una democracia, el reconocimiento del derecho de libre asociación que no debe excluir a ningún colectivo implicado en la Administración de Justicia. Además tales asociaciones deben tener garantizadas en la practica el ejercicio pleno de sus funciones, sin que se les discrimine o persiga por las posiciones que asuman en defensa de los intereses que representan.

ASONAL JUDICIAL, la Asociación colombiana que aglutina a Magistrados, Jueces y empleados judiciales, es reconocida internacionalmente como organización comprometida en la defensa de los valores democráticos de la Justicia y del Estado de Derecho.

En la actual situación colombiana, ésa defensa comprende, incluso, el derecho a la vida de quienes sirven a la Justicia y la consecución de unas mínimas condiciones de trabajo.

El ejercicio del derecho de huelga para la reivindicación de esos derechos básicos es en cualquier caso legítimo.

Conocedores de los expedientes disciplinarios contra los máximos dirigentes de ASONAL JUDICIAL por el ejercicio del derecho de huelga en defensa de la Justicia de su país, MEDEL se dirige al gobierno nacional colombiano y a las autoridades judiciales competentes, para hacer manifiesta su protesta y solicitar el archivo de tales actuaciones, originadas por el ejercicio de las libertades públicas reconocidas internacionalmente en Leyes y Tratados.



---

# CONCLUSIONES

---



# CONCLUSIONES DE LA COMISION DE DERECHO PENITENCIARIO

Comisión de Derecho Penitenciario

Sin perjuicio de señalar que la realidad penitenciaria en su mayoría procede de los sectores de marginación social (bolsas de pobreza de las grandes ciudades, drogadicción, emigrante económico etc.), en el seno de la misma se detectan colectivos de minorías dentro de esa minorías, en concreto el preso extranjero y el preso enfermo de SIDA, que reclaman una especial atención y exigen reforma tanto legislativas, como de servicios sociales que las corrijan.

En concreto esta Comisión propone las siguientes conclusiones:

1. Las reformas necesarias de la Legislación de Extranjería que hagan efectivos los principios constitucionales y preceptos contenidos en la legislación penitenciaria, sin los cuales se está produciendo una discriminación del preso extranjero por no garantizarles el acceso a la igualdad reconocida y amparada en las mencionadas normas, con la consiguientes consecuencias tanto en lo relativo a la obtención de beneficios y derechos penitenciarios, como a la situación en la que quedan tras en cumplimiento de la condena.
2. La necesidad de una de una regulación adecuada para los presos enfermos de SIDA. En concreto:
  - el acceso de estos a la red sanitaria general que les permita obtener tratamientos médicos en las mismas condiciones de calidad, frecuencia y controles, que os enfermos de SIDA no presos.
  - la adaptación de los regímenes de vida penitenciarios a su condición de enfermos. (Tanto desde el punto de vista disciplinario como de tratamiento).
  - la necesidad de una regulación que garantice la libertad de estos enfermos, determinada exclusivamente en base al deterioro de su salud.
  - La constatación de deterioro de las facultades intelectivas y volitivas, consecuencia de algunos aspectos de la enfermedad, que genera situaciones de inimputabilidad durante la ejecución de la pena privativa de libertad, debe ser objeto de una especial regulación.

# CONCLUSIONES PONENCIA SECCION TERRITORIAL DE VALENCIA «RESIDENCIA Y TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA»

Sección Territorial de Valencia

El fenómeno estructural y generalizado de la inmigración emplaza a la Asociación Jueces para la Democracia a plasmar en esta ponencia la actitud que el Poder Judicial ha de tener ante este problema, que no ha de ser como mero autómatas aplicador de la Ley en su literalidad.

España es un Estado social y democrático de derecho, como indica el artículo 11 de la Constitución y en ello, principalmente, ha de basarse la actitud de un juez progresista.

Los órganos judiciales no deben plantearse la búsqueda de una legitimación de origen sino de ejercicio. En esta legitimación es donde reside la garantía de los derechos de las minorías frente a las normas discriminadoras de las mayorías.

Los poderes públicos, por imperativo constitucional, están compelidas a tutelar y garantizar la aplicación del principio de igualdad. Ese principio, en lo que ha residencia y trabajo se refiere, se plasma en la aplicación de la normativa comunitaria e interna.

Así, el Acta de adhesión a la CEE, la Ley Orgánica 7/85 y el R.D. 1.119/86.

Esta normativa, que a priori concede la libertad de residencia a los extranjeros en España, esta condicionada a lo que determinen los TRATADOS INTERNACIONALES y la leyes internas y a la discrecionalidad de las autoridades gubernativas encargadas de su aplicación.

Es precisamente en el control de la legalidad de este tipo de resoluciones donde ha de actuar, de forma decisiva y progresista, el poder judicial.

Por ello, a modo de CONCLUSIONES, entiende Jueces para la Democracia:

1. Incumbe a un poder judicial progresista llevar a cabo una interpretación y aplicación de la normativa emanada de aquellas instituciones que, yendo más allá de la estricta literalidad, encuentre su entronque con los valores superiores y principios inspiradores del ordenamiento jurídico constitucional y en las exigencias derivadas de la perspectiva social del Estado de Derecho en cuanto impone la igualdad efectiva de grupos e individuos.
2. Se insta a los poderes públicos afin de que, en la futura legislación penal, las medidas que se adopten sobre internamiento de extranjeros se adecuen siempre a las exigencias constitucionales.
3. En la reagrupación y segunda generación se tendrán presentes criterios racionales y humanos a fin de que la efectividad de estos derechos no sea ilusorio y meramente programático.
4. En la tramitación y concesión de permisos de trabajo, tanto por cuenta propia como ajena, no se impondrán requisitos insalvables por los peticionarios, tanto de orden administrativo como económico.

# CONCLUSIONES A LA PONENCIA SOBRE LA PROSTITUCION

Sección Territorial de Aragón

A pesar de que la opción por un sistema reglamentarista de la prostitución llevaría implícito el ejercicio clandestino de la prostitución por quienes no pasaron los controles impuestos gubernativamente, es la solución que presenta más ventajas, tanto desde el punto de vista de la defensa de los derechos de las personas que se prostituyen, como por el control sanitario de estas, en evitación, ante todo, de enfermedades de transmisión sexual, de las que la prostitución es la causa primera y principal en su propagación.

Esta opción no significa, evidentemente, que se acepte la prostitución como algo deseable, sino, por el contrario, partiendo de la consideración de la misma como degradante, no se pueden cerrar los ojos ante la realidad de su existencia, por lo que, aceptada exclusivamente como tal hecho real, el pleno respeto que nos merece la autodeterminación personal de quienes optan por prestar su cuerpo a cambio de una compensación económica y la aceptación social de la existencia del fenómeno debe llevarnos a la defensa de un sistema que controle y regule las condiciones en que debe ejercerse la prostitución, las relaciones laborales de quienes la ejercen, las repercusiones jurídicas que puedan derivarse del ejercicio clandestino, los abusos de terceros (clientes, proxenetas, chulos...), y, en definitiva, de cualquier actividad que pueda estar relacionada con esta problemática.

Esta legalización habría de completarse, por supuesto, con la aplicación de medidas que pudieran solventar el problema personal de origen (paro, drogas, etc...) de quienes se han visto obligados a optar por este oficio por falta de otras alternativas, así como con la imposición de sanciones a personas o instituciones que los exploten psicológica, social y económicamente, completando así toda una regulación de esta actividad que, aún siendo reprochable moralmente, su realidad impone una atención especial por parte de los poderes públicos y de la sociedad.

Paralelamente, y como consecuencia de las propuestas anteriores, proponemos la derogación expresa de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, en lo que se refiere a la prostitución, y nos adherimos al planteamiento del proyecto de Código Penal publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de Septiembre de 1.992 en cuanto al castigo exclusivo de aquellas conductas coactivas que determinan el ejercicio de la prostitución a personas mayores de edad y de las que inducen a los menores de 18 años a la misma actividad.



# CONCLUSIONES SOBRE TRABAJO DE EXTRANJEROS

R. BODAS, M. DIAZ DE RABAGO y J. FOLGUERA

1. El extranjero que desarrolla de hecho un trabajo por cuenta ajena debe recibir un *mínimo de protección equivalente* al que se reconoce a cualquier otro trabajador en cuanto a sus condiciones de trabajo y de retribución, así como ante el despido injustificado y, finalmente, ante las situaciones de desempleo, enfermedad y accidente de trabajo, incluido el acceso a las prestaciones no contributivas, con independencia de los requisitos administrativos exigidos al efecto. Este criterio debe inspirar la aplicación de la actual legislación laboral.
2. Si se tiene en cuenta que a pesar del control de fronteras los trabajadores extranjeros van a continuar afluendo, mientras no se modifiquen las razones estructurales que determinan la presión migratoria, la única solución razonable es la *regularización permanente* de las situaciones de trabajo de hecho, de modo que toda relación de trabajo concertada con un extranjero pueda ser convalidada, mediante la concesión del permiso que corresponda a la actividad realizada y al tiempo de trabajo.
3. Con independencia de lo anterior, deben efectuarse las reformas legislativas oportunas a fin de que los extranjeros sin permiso de trabajo perciban a la hora del despido una indemnización equivalente a la señalada a los trabajadores en situación regular, y puedan disfrutar también de la plena protección del sistema de seguridad social, aplicándoseles en concreto el principio de imputación directa al empresario del pago de las prestaciones, con anticipo al beneficiario de su importe a cargo de la entidad gestora.

# CONCLUSION SOBRE LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS Y LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA

Manuel DIAZ DE RABAGO

Que se efectúen las reformas legislativas oportunas a fin de que los extranjeros que presten sus servicios sin haber obtenido el correspondiente permiso de trabajo, perciban una indemnización equivalente a la señalada para los trabajadores con situación regularizada por despido disciplinario declarado improcedente, y disfruten de la plena protección de nuestro sistema de Seguridad Social, con imputación de la responsabilidad directa del pago de las prestaciones al empresario que lo haya contratado, anticipando la Entidad Gestora su importe al beneficiario.

# CONCLUSIONES DE LA PONENCIA DE LA COMISION DE MENORES

Conclusiones del VIII Congreso de JpD a la ponencia de la Comisión de Menores en la nueva Política Criminal que se propugna:

Que el nuevo Código Penal eleve la mayoría de edad penal a los 18 años, con la publicación simultánea de la Ley Penal Juvenil, que salve de una vez por todas la actual situación de transitoriedad, de falta de control jurisdiccional a la instrucción del Ministerio Fiscal, la imposibilidad de ejecutar las medidas reeducativas y la indefensión en que encuentra la víctima-perjudicado.

# CONCLUSIONES RELATIVAS A LA PONENCIA SOBRE ENFERMEDAD MENTAL: INCAPACITACION E INTERNAMIENTOS

Comisión de Derecho Privado

PRIMERO.- Necesidad de una regulación nueva del proceso de incapacitación y del de internamiento que, garantizando los valores constitucionales, los derechos de los enfermos y de sus familiares, dé una respuesta rápida y adecuada al caso, ya que el juicio de menor cuantía se ha mostrado inoperante para ello.

Es preciso que en ese nuevo proceso intervengan los profesionales e incluso trabajadores sociales que permitan una mayor garantía de acierto y rapidez en cuanto a esa adecuación al caso a que antes nos referimos, lo que requiere el correspondiente esfuerzo presupuestario.

SEGUNDO.- Es necesario que mientras no se dé la nueva regulación señalada por parte de los Jueces se interprete, en clave constitucional, los actuales cauces procesales, con inmediación absoluta y con desempeño directo de las funciones propias de iniciativa, información, control y compromiso en defensa del internado o incapaz.

TERCERO.- Hay que acabar con las irritantes disfunciones, sumamente perjudiciales tanto para el enfermo como para sus familiares, a que da lugar la escueta regulación actual, con constantes problemas con las instituciones sanitarias a la hora del tratamiento del enfermo, que en no pocas ocasiones, por parte de los médicos, da lugar a que eludan sus responsabilidades relativas a la salud del enfermo de acuerdo con lo previsto en las leyes sanitarias, intentando desplazar sobre los jueces la adopción de decisiones que corresponden a los médicos o a la Administración.

Queremos denunciar también los constantes problemas y disfunciones que se producen sobre todo en las grandes capitales por falta de coordinación entre médicos, Administración y Juzgados, lo que hace conveniente incluso la creación de Juzgados de servicio permanente en estos asuntos.

CUARTO.- El artículo 17 de la Constitución necesita ser desarrollado en cuanto al internamiento de los enfermos mentales, sin que tal laguna técnica pueda entenderse cubierta por el artículo 211 del C. Civil, ya que en él no se establecen las causas del internamiento. Desarrollo legislativo al que es conveniente que preceda un profundo debate interdisciplinar y con participación de los afectados.

QUINTO.- Sin entrar en la discusión propiamente psiquiátrica, es necesario atender a la situación de aquellas personas cuyo internamiento puede prolongarse más allá de lo que es normal en una hospitalización para lo que no están preparadas las unidades psiquiátricas de los hospitales generales.

SEXTO.- Estando claro que el internamiento a que se refiere el artículo 211 del C. Civil solo está justificado por razones terapéuticas, por lo que ha de considerarse un episodio en la vida del enfermo, es necesario dar adecuada solución a la situación de aquellos que han llegado a ser absolutamente dependientes de los antiguos manicomios, sin que la autorización del citado artículo pueda amparar un mal remedio a la falta de medidas asilares y de atención a los enfermos mentales e incapacitados, tal como exige el artículo 49 de la Constitución.

Advertimos el peligro de que, al excluir la mera finalidad asilar del internamien-

to, se pueda crear una situación de indefensión y de violencia a los derechos de enfermos incapacitados, que pueden quedar aparcados en instituciones asilares al margen de todo control judicial. Pero entendemos que esto debe evitarse haciendo que la ley se cumpla: es decir, llevando hasta el final el proceso de incapacitación de esos enfermos o discapacitados cuya salud no puede mejorar con el internamiento y creando los organismos tutelares previstos por el propio C. Civil, previa la correspondiente dotación presupuestaria.

## CONCLUSIONES A LA PONENCIA «DISCRIMINACION Y ENFERMEDAD: EL ENFOQUE HUMANISTA EN LA LUCHA CONTRA EL SIDA»

1. Cualquier discriminación de las personas que padecen el SIDA o sean seropositivos constituye una violación inadmisible de los derechos humanos y debe ser sancionada no solo por razones elementales de justicia sino porque los efectos de exclusión y etiquetización perjudican una política eficaz de prevención.
2. La tutela judicial efectiva de los derechos de estos enfermos incluye una protección eficaz contra cualquier forma de discriminación, en particular en la contratación, en el lugar de trabajo, o en la vivienda, y de manera muy especial en la atención sanitaria y en la escuela.
3. Los preceptos penales que actualmente protegen el principio constitucional de igualdad frente a la discriminación (art.165 y 181.bis del Código Penal y 515 del Anteproyecto de nuevo Código Penal), son *manifiestamente insuficientes*, y deberían inducir específicamente la sanción de la discriminación por minusvalía y enfermedad, como se ha hecho en otros países de nuestro entorno cultural.
4. Debe rechazarse la posición autoritaria que pretende indetificar las condiciones de «enfermo» y «culpable» promoviendo una activa persecución penal de los comportamientos de los enfermos que eventualmente pudiesen transmitir su enfermedad. La intervención penal en este campo debe ser el «último recurso» y subordinarse a los objetivos esenciales de salud pública (prevención, responsabilización y colaboración) con respeto absoluto a los principios de confidencialidad e intimidad. En consecuencia no parece razonable la amplitud con la que se sanciona el contagio en el proyecto de Código Penal.

# CONCLUSIONES A LA PONENCIA DE LA SECCION TERRITORIAL DE ANDALUCIA ORIENTAL

## MODIFICACIONES DE LA IMPUTABILIDAD EN EL PROCESO PENAL Y SU ACREDITAMIENTO EFECTIVO

La práctica del juicio oral en Juzgados y Tribunales muestra con demasiada frecuencia la alegación de la drogadicción como causa eximente o circunstancia atenuante en sus distintos grados sin que pueda efectivamente acreditarse de una manera segura su existencia, o no, en el momento de comisión del hecho enjuiciado por la separación entre uno y otro y la posibilidad de cambio en la influencia y datos de constatación.

Por ello, este Congreso de JpD acuerda:

Recordar el cumplimiento de los deberes inherentes al Juez Instructor, Ministerio Fiscal, Letrado defensor y al propio encausado de acordar o solicitar, respectivamente, el acreditamiento en el proceso penal y en su fase de instrucción de la influencia de la drogadicción u otras causas, en la imputabilidad del encausado en el momento más próximo a la ejecución del hecho enjuiciado y de la forma más concreta posible con las garantías necesarias para que, preconstituída, pueda servir de prueba en el juicio oral, sin perjuicio de que por la Policía Judicial se haga constar en el propio atestado la sintomatología detectada y asistencia prestada por servicios médicos propios o ajenos que de la Instrucción.

## CONCLUSIONES A LA PRIMERA PONENCIA

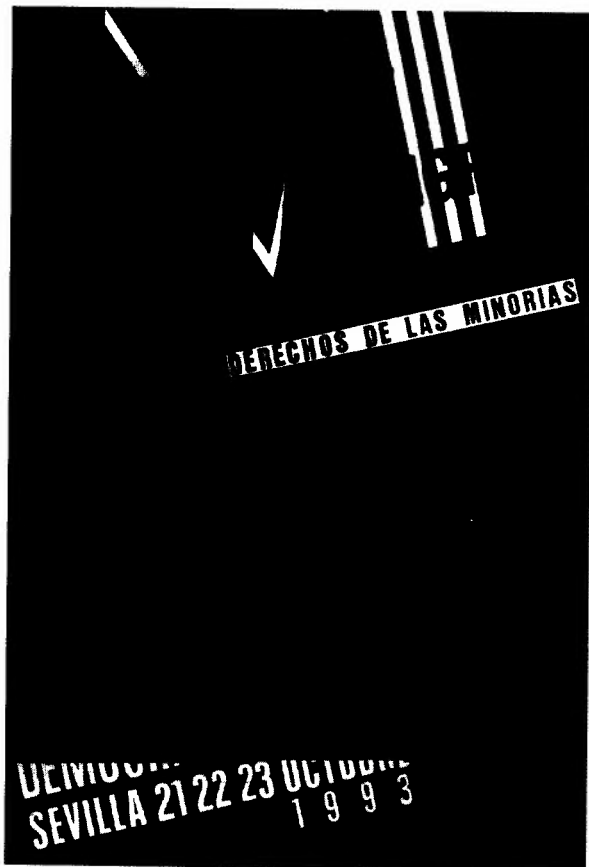
Propuestas que, para su unión a la primera ponencia presentadas. Se efectúan para ser asumidas como conclusiones de la ponencia.

Presentadas por Andrés Salcedo Velasco en el debate posterior a la primera comunicación.

### 1. Incorporar como conclusiones a la primera ponencia:

- A) Instar del Poder Legislativo, con ocasión de la regulación en el futuro Código Penal de la medida de seguridad de expulsión del extranjero, de una construcción de la misma que, cuanto menos, no agrave ni mantenga los defectos y lagunas que la doctrina y los sectores jurídicos progresistas vienen denunciando (ámbito, duración, efectos sobre el proceso, sobre sus medidas cautelares y reales, sobre la interacción del autor y la víctima y régimen de recursos).
- B) Instar, con ocasión de la regulación de las instituciones de refugio y asilo, la reducción o desaparición de la configuración de potestades administrativas simplemente discrecionales, frente a facultades regladas en particular en lo referente a las decisiones de obtención o denegación de visado y rechazo en fronteras o inmediata expulsión del extranjero.
- C) Eliminación del panorama positivo de cláusulas de preeminencia de decisiones de autoridades administrativas sobre resoluciones firmes de órganos jurisdiccionales.





PARLAMENTO DE ANDALUCÍA



AYUNTAMIENTO DE SEVILLA



JUNTA DE ANDALUCIA



AYUNTAMIENTO DE CARMONA



DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE SEVILLA



CAJA DE HUELVA Y SEVILLA  
**EL MONTE**