

JURISPRUDENCIA BÁSICA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA¹.

Purificación Cremades García

Abogada y Profesora Asociada de Derecho civil de la Universidad

Miguel Hernández de Elche.

*** Sentencia de 14 de marzo de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Sala de lo Social.** Ponente: Carlos Martínez Toral (NJBosch consultado 17-5-2006). Al actor, de nacionalidad rumana, sin permiso de trabajo y sin alta en el Régimen General de la Seguridad Social, se le deniega la prestación por desempleo, por ser ciudadano extranjero sin residencia legal en España. Y ello a pesar de haber trabajado, para las empresas que después le despidieron e indemnizaron por el despido declarado improcedente.

“Según la L.O. 4/2000, en su artículo 33, en su párrafo 2, del número 3, establece que los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar la autorización y obtener la misma del Ministerio de Asuntos Sociales y de trabajo. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero.

Por otro lado la normativa expuesta (L.O. 4/2000, de 11de Enero, L.O. 8/2000 de 22 de diciembre) ha de ser interpretada según los criterios hermenéuticos de las leyes que establece el artículo 3.11 del Código Civil. El elemento gramatical...De igual forma los antecedentes históricos y legislativos...Además ha de valorarse el elemento sociológico, la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, y el elemento teleológico y finalidad, confirman la interpretación de la ley indicada, con la que se ha de proteger al trabajador extranjero como víctima y principal perjudicado de una realidad social que demuestra la frecuente contratación irregular de empresarios que aprovechan esta situación para imponer condiciones de trabajo abusivas, con el convencimiento de que el trabajador carece de posibilidad legal de exigir el cumplimiento de las obligaciones ordinarias de cualquier contrato de trabajo, a lo que se quiere poner término permitiendo al trabajador actuar contra este empresario también en el ámbito laboral, o reconociéndole los derechos inherentes a la actividad laboral, como es el desempleo”.

*** Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Melilla de 24 de Febrero de 2006.** Ponente: Silvestre Martínez García. (La Ley de 21 de Abril de 2006). Se impugna por diferentes asociaciones la devolución a Marruecos de 73 subsaharianos que entraron en España forzando la valla fronteriza de Melilla.

¹ La presente selección de jurisprudencia, que abarca el periodo 2003-2006, se ha realizado a tenor de la importancia de los temas, que consideramos más significativos en el marco del Derecho de extranjería.

Consideran los demandantes que enviar a los 73 inmigrantes a las autoridades marroquíes, vulnera el art. 15 de la CE, al ponerse en riesgo la integridad física y la vida de los mismos, pues según ellos el país vecino no respeta tales derechos. Al respecto se afirma en la sentencia:

“...hay que partir de la legislación en materia de extranjería, constituida por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su Integración Social (en lo sucesivo LOEX) modificada por Leyes Orgánicas 8/2000 de 22 de Diciembre; 11/2003 de 29 de septiembre; y 14/2003, de 20 de noviembre, prevé en su art. 58.2 la devolución de los extranjeros, sin necesidad de expediente de expulsión en dos casos: a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España; y b) los que pretendan entrar ilegalmente en el país... en cuanto a la devolución de los inmigrantes a Marruecos se encuentra prevista en el art. 1 del Convenio de 13 de Febrero de 1992, entre el Reino de España y el de Marruecos (BOE 24/04/1992)...tales documentos y testimonios no permiten concluir con que la Administración de Marruecos sea la de un país que desconoce, con la gravedad que imputan tales Asociaciones, los derechos del art. 15 CE, con independencia de que puedan producirse hechos puntuales que puedan ser objeto de renuncia en ese país, sin que sea el competente este Juzgador de conformidad con lo dispuesto en el art. 24 de la ley Orgánica del Poder judicial para decidir sobre tales cuestiones.

***Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Nules de 30 de diciembre de 2005.** Ponente: Inmaculada Gonell Marín (La Ley, 22 de Marzo de 2006). Divorcio de pareja casada en Marruecos por el rito musulmán.

“La reforma operada en el Código Civil por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de 2003, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, persiguió el objetivo de mejorar la integración social de los inmigrantes en España y de garantizar que disfrutan de semejantes derechos a los nacionales, modificando el Código Civil en materia de separación y divorcio para garantizar la protección de la mujer frente a nuevas realidades sociales que aparecen con el fenómeno de la inmigración. En concreto se modificó el artículo 107 del Código Civil para solventar los problemas que encuentran ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, que solicitan la separación o el divorcio, cual es el caso presente, atendiendo a la finalidad perseguida con tal reforma y reflejada en la exposición de motivos de la misma: El interés de una persona de lograr la separación o el divorcio, por se expresión de su autonomía personal, debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la ley nacional. Y sucede que, en estos casos, la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges dificulta el acceso a la separación y el divorcio de determinadas personas residentes en España”.

***Sentencia de 8 de julio de 2004 del Tribunal Supremo.** Ponente: Joaquín Jiménez García. (Aranzadi, RJ 2004\4291). La Audiencia Provincial condena al acusado como autor de un delito de tráfico de drogas, a la pena de prisión y multa, sustituyendo la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, sin poder volver al territorio nacional por el plazo de diez años. El Tribunal Supremo deja sin efecto la expulsión del

territorio nacional. Y para ello analiza el art. 89 del Código Penal, que según la redacción dada por L.O. 11/2003 no prevé audiencia del penado.

“Para lograr la adecuada ponderación y salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia del penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad”.

*** Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5^a) de 29 de Julio de 2005.** Ponente: María José Pueyo Mateo. (La Ley de 3 de Febrero de 2006) La actora pretende que se declaren los derechos que como cónyuge viuda le corresponden en la sucesión intestada de quien había sido su marido. Éste había emigrado a Venezuela, dos meses después de haber contraído matrimonio en España en 1952, dejando aquí a la misma, y no volviéndose a reanudar al convivencia marital. En aquel país le fue concedido el divorcio de la misma (pero no se tramitó el preceptivo exequatur, y además se dictó en rebeldía de la hoy demandante), y cuando murió, fueron declarados herederos abintestato del mismo sus dos hijos. Según el art. 9.8 y 9 del Código civil, a la sucesión del fallecido le es de aplicación la ley venezolana, porque según el artículo 9.9 será preferida en el caso de doble nacionalidad, la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. El artículo 9.8 dispone que los derechos que por ministerio de la ley se atribuyen al cónyuge supérstite se regirán por la Ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes, y que la ley que regula los efectos del matrimonio según el art. 9.2 es la española, sin embargo este párrafo fue introducido por la Ley 11/1990 de 15 de Octubre de reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, y que el esposo falleció en 1988, por lo que dicha reforma no es aplicable al caso. Además refiere la sentencia la interpretación que debe darse al artículo 834 del Código civil, que reconoce los derechos usufructuarios del cónyuge viudo, en la redacción vigente al momento de dictarse la sentencia de primera instancia, ya que por la ley 15/2005 de 8 de julio, para que tenga derecho el cónyuge viudo el usufructo, no sólo no debe concurrir separación legal sino tampoco de hecho. Dicha interpretación, en base a la doctrina del abuso del derecho, se aplicaba al referido artículo para “*evitar situaciones injustas en caso de largas separaciones de hecho consentidas*”.

*** Resolución-Circular de la Dirección General de Registros y del Notariado de 29 de Julio de 2005** (Aranzadi, JUR 2005\184678). Matrimonios entre personas del mismo sexo, siendo una de ellas española y otra extrajera.

“La reciente ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, en el marco de los principios constitucionales de igualdad, no discriminación y libre desarrollo de la personalidad y en el contexto de la actual realidad social española que acoge diversos modelos de convivencia de pareja, ha introducido en nuestro Ordenamiento jurídico la innovación

de permitir que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo sexo, con plenitud de igualdad... Todo ello conduce a la obligada conclusión de que el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la Ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, y ello tanto si la celebración ha tenido lugar en España como en el extranjero”.

* **Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2005.** Ponente: Juan Saavedra Ruiz. (La Ley de 3 de febrero de 2006). Conexión entre los delitos de tráfico ilegal de inmigrantes y favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España.

“En el presente supuesto consta cómo el recurrente trajo a España a ambas mujeres y las alojó en su propio domicilio, así como que transcurrida una semana les manifestó que no les había encontrado trabajo y que debían abonarle 2.500 euros por el desplazamiento a España, por lo que para que pudieran saldar su deuda iba a vender a otro hombre, quien se encargaría de que lograran tal dinero mediante el ejercicio de la prostitución. Consta, igualmente, cómo fueron trasladadas por el ahora recurrente al domicilio del otro acusado, yerno de aquél, donde les retiraron sus pasaportes y las obligaron a ejercer la prostitución, teniendo que entregar la totalidad de lo obtenido por su actividad sexual a sus captores, para abonar lo adeudado al recurrente junto con sus gastos de alojamiento y manutención... Así pues, la amplia interpretación del concepto de trabajador que ha venido aplicando esta Sala de casación –entendido como cualquier ciudadano, español o extranjero, potencialmente apto para desarrollar una actividad productiva y que acceda a nuestro territorio para tal fin, con inclusión del ejercicio de la prostitución–, merece una nueva consideración tras la expresa mención de la explotación sexual en el apartado segundo del artículo 318 bis –cuya aplicabilidad, en caso contrario sería ilusoria, al absorber el 313.1 a todo trabajador– y ha de conllevar un rechazo de la interpretación de la Sala de instancia.”

* **Auto de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 4ª) de 23 de Abril de 2003.** Ponente: Miguel Álvaro Artola Fernández (Aranzadi AC 2003\1581). Se produce una reclamación internacional de menores, producida por la salida del Reino Unido de una madre con sus dos hijas, para establecerse en España.

“La Magistrada –Juez a quo entendió que, merced a la previsión de los artículos 3, 5 y 13 del Convenio de la Haya e 25 de Octubre de 1980, no procede conceder la restitución de las menores al Reino Unido, ya que en el momento de la salida de dicho país el derecho de custodia y patria potestad correspondían en exclusiva a la madre, quien había cuidado siempre de las menores, no concurriendo infracción propia del derecho de custodia a los efectos de los artículo 3 y 13 a) del Convenio de la Haya interpretados teleológicamente, es decir, a la luz del principio de protección de los intereses de los menores que informa el citado Convenio. Obedeciendo, por el contrario, la salida del país, prohibida por el Juez Británico, a un ánimo finalista de proteger a las niñas del riesgo de daños físico o psicológicos, por lo que, en atención a la previsión del artículo 13 b) del citado Convenio, no es preceptiva para las autoridades del Estado Español, la restitución de las menores a la vista del

peligro que ello conllevaría, siendo de todo punto contraria a la estabilidad emocional y psicológica alcanzada por las niñas en la actualidad”.