



## Ponència de la Doctora Aurelia Álvarez.

*Profesora Titular de Dret Internacional Privat de la Universidad de León*

**“L'ELIMINACIÓ DEL RACISME I LA XENOFÒBIA MITJANÇANT LA DEFENSA DEL PRINCIPÍ DE NO DISCRIMINACIÓ PER RAÓ DE NACIONALITAT I LA SEVA INTERPRETACIÓ JUDICIAL. UNA REPASSADA PER LA JURISPRUDÈNCIA DEL TRIBUNAL EUROPEU DE DRETS HUMANS”**

### I. INTRODUCCIÓ

La promoció de la igualtat de tracte i no discriminació de les persones per origen racial o ètnic implica l'eradicació del racisme i la xenofòbia. Encara que les normes tant internes com internacionals actualment aprovades que intenten la seva eliminació són bastantes, hem de partir de les respostes donades a nivell normatiu tant en àmbit intern, és a dir en l'ordenament jurídic espanyol, com en l'àmbit internacional, normativa internacional i normativa comunitària; no obstant això, en aquest treball ens preocupa fonamentalment la seva interpretació per les autoritats judicials. Per això, a continuació, després d'una introducció succinta als textos legals, bàsicament ens centrarem en les respostes donades sobretot pel Tribunal Europeu de Drets Humans – d'ara endavant TEDH-.

La manera d'evitar el naixement de situacions racistes i xenòfobes ha de realitzar des de la pròpia normativa procedint a la incorporació del principi d'igualtat de tracte, sobretot en l'etapa actual de crisi econòmica que estem patint<sup>63</sup>. A Espanya aquesta proposta es recull a l'Informe del Defensor del poble corresponent a la gestió realitzada durant el 2007. Així, ho manifestava el Sr. Enrique Múgica Erzog en la seva compareixença en les Corts Generals, davant la Comissió Mixta de Relacions amb el Defensor del Poble. En concret, el Defensor va dir textualment: “Per acabar amb aquest apartat sobre immigració, he d'assenyalar —perquè em sembla de summa importància— la necessitat d'atendre i analitzar amb especial cura les queixes sobre actituds i actes xenòfobs o racistes. Sobre això, hem de recordar que el problema del racisme i la xenofòbia a Espanya, que fins ara podia ser considerat marginal i d'escassa incidència, corre el risc evident d'adquirir major envergadura, paradoxalment, a mesura que la societat espanyola es fa cada vegada més plural i diversa. Com s'assenyala a l'informe, és important recordar que la convivència de races i cultures no és una qüestió vinculada exclusivament al fenomen de la immigració. Sembla arribat el temps de comprendre que molts dels quals van venir en algun moment com immigrants des de diferents continents i amb diferents maneres de vida, són ja espanyols de ple dret, com ho són els seus fills i descendents. En aquest sentit, convé seguir alerta davant les manifestacions, encara puntuals, d'intolerància que afecten tota la ciutadania en general. Sembla raonable que aquesta característica de generalitat es reflecteixi en la normativa destinada a combatre el racisme i la

<sup>63</sup> La crisi o, si es prefereix, la «desacceleració accelerada» està marcant ja un canvi de cicle, que acabarà afectant a les polítiques sobre emigració il·legal, tan encerclades per elements emotius, que van des del «boníssim» utòpic a una xenofòbia més aviat rànica i res científica. L'efecte de saturació comença a entrar a l'escenari i amb ell seria bo que entressin també les exigències d'objectivitat i realisme al marge d'emocions primàries o de jocs oportunistes que poden resultar perillosos (Cf. A. Desdentado Bonete, “El desempleo del extranjero «sin papeles»”, *Diario La Ley*, núm. 6986, Sección Columna, 10 de julio de 2008).



xenofòbia”<sup>64</sup>.

L'enfocament que parteix de l'equiparació de drets es concreta en la protecció dels drets bàsics i en la prohibició de discriminació entre els individus. El principi d'igualtat ens remet al problema de la discriminació directa i indirecta. La igualtat com establiment d'un criteri d'equiparació o abstracció de les diferències que siguin irrelevantes per a l'equiparació normativa que es pretén. Així, la qualificació de l'acte discriminatori depèn de la finalitat o les conseqüències que aquest acte va a produir, en aquest cas, per als estrangers. Prenent com a base el treball de J. García Añón es pot fer una distinció entre la discriminació directa i la indirecta<sup>65</sup>. Se sol definir, la discriminació directa com aquella en la que es té en compte una condició (ser estranger, dona, tenir un tret ètnic...) per a la realització del tracte desfavorable. Es discrimina a un estranger si s'utilitza un dels trets descrits a l'article 14 (raça, sexe, religió...)<sup>66</sup>. Per altra part, constitueix discriminació indirecta tot tractament derivat de l'adopció de criteris que perjudiquin als treballadors per la seva condició d'estrangers o per pertànyer a una determinada raça, religió, ètnia o nacionalitat (art. 23.2 LOE)<sup>67</sup>. En concret, la prohibició de discriminació racial, ètnica o pertinença a una nació és bastant

---

<sup>64</sup> Compareixença del senyor Defensor del Poble (Múgica Herzog), per presentar l'informe del Defensor del Poble corresponent a la gestió realitzada durant l'any 2007 (Nombre d'expedient del Congrés 260/000001 i nombre d'expedient del Senat 780/000001) (DSCG. Comissions Mixtes. Comissió Mixta de Relacions amb el Defensor del Poble, IX Legislatura, núm. 11, Sessió núm. 2, celebrada el dimarts 16 de setembre de 2008, pp. 1-23, esp. p. 7). Juntament amb aquesta preocupació del Defensor del Poble, hem de tenir en compte que a la Unió Europea s'ha realitzat, per part de l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea, un Informe del marc legal contra el racisme, cuyas recomanacions han estat recollides pel Govern espanyol, tal com es desprèn de la Resposta a don Carles Campuzano i Canadés (GC-CIU) sobre valoració de l'últim informe de l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea del marc legal contra el racisme (núm. reg. 38935) (La pregunta de referència va ser publicada en el «BOCG. Congrés dels Diputats, Sèrie D, núm. 56, de 29 de juliol de 2008). Resposta: "L'Informe interessat per la Seva Senyoria, de juny de 2008, realitza una anàlisi de la situació a la Unió Europea en matèria de lluita contra el racisme i la xenofòbia. A més, es refereix a l'estat de les iniciatives jurídiques i institucionals contra el racisme i la discriminació en els diferents Estats membres i examina la violència i crim racistes, així com el racisme en diversos àmbits de la vida social. Per tant, el Govern d'Espanya considera l'Informe molt interessant, i presa bona nota de les seves conclusions i recomanacions" (Congrés dels Diputats, IX Legislatura, Sèrie D, núm. 85, 16 d'octubre de 2008, pp. 131). D'altra banda, també s'ha de tenir en compte la Resposta a don Carles Campuzano i Canadés (GC-CIU) sobre valoració de l'últim informe d'Amnistia Internacional sobre el racisme a Espanya (núm. reg. 19438) (Congrés dels Diputats, IX Legislatura, Sèrie D, núm. 49, 11 de juliol de 2008, p. 95).

<sup>65</sup> Vid. J. García Añón, "Derechos de los extranjeros y discriminación", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 5-2002 (<http://www.uv.es/CEFD/5/garciaanon.htm>).

<sup>66</sup> Entre els exemples que se citen en la nota 27 del treball de J. García Anón cal destacar, d'un costat, la discriminació de gènere en supòsit d'acomiadament per estar embarassada (STC de 26 de setembre de 1988, núm. 166/1988); i, per un altre, la discriminació en l'accés a llocs de treball militars, "Caso de las mujeres aviadoras" (STC de 14 de noviembre de 1991, núm. 216/1991; y el Asunto Kreil, C-285/98, STJCE de 11 de enero de 2000).

<sup>67</sup> Aquest precepte disposa literalment que: "Les normes relatives als drets fonamentals dels estrangers s'interpretaran d'acord amb la Declaració Universal dels Drets Humans i amb els Tractats i Acords internacionals sobre les mateixes matèries vigents a Espanya, sense que pugui al·legar-se la professió de creences religioses o conviccions ideològiques o culturals de signe divers per justificar la realització d'actes o conductes contraris a les mateixes" (Vid. A. Rubio, "Las medidas antidiscriminatorias: entre la igualdad y el control", *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: L.O. 4/2000 y L.O. 8/2000* (Coord. M. Moya Escudero), Granada, Comares, 2001, p. 775; Vid. M<sup>a</sup>.A. Sánchez Jiménez, "Medidas antidiscriminatorias", *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y Formularios)* (Coord. M<sup>a</sup>.A. Sánchez Jiménez), Murcia, Diego Marín Librero Editor, 2005, pp. 329-341).



àmplia en el Dret penal espanyol<sup>68</sup>. Per descomptat, que des d'aquesta perspectiva també podem al·ludir al tracte especial en la Decisió Marc 2008/913/JAI del Consell, de 28 de novembre de 2008, relativa a la lluita contra determinades formes i manifestacions de racisme i xenofòbia mitjançant el Dret penal<sup>69</sup>. A Espanya últimament s'ha donat una major intervenció en l'àmbit esportiu<sup>(70)</sup>. Encara que, hauria de ser més àmplia, calent una actuació que abracés tota forma de racisme i xenofòbia<sup>(71)</sup>

<sup>68</sup> Simplement com a recordatori, ja que va ser objecte d'una altra ponència en les mateixes Jornades, es poden destacar alguns preceptes del Codi Penal vigent, així es recull com agreujant en l'art. 22.4 CP a l'establir: "Són circumstàncies agreujants: (...) Cometre el delictes per motius racistes, antisemites o una altra classe de discriminació referent a la ideologia, religió o creences de la víctima, l'ètnia, raça o nació a la qual pertanyi, el seu sexe o orientació sexual, o la malaltia o minusvalidesa que pateixi". També es preveu el delictes de discriminació laboral, en l'art. 314 CP que disposa: "Els que produeixin una greu discriminació en l'ocupació, públic o privat, contra alguna persona per raó de la seva ideologia, religió o creences, la seva pertinença a una ètnia, raça o nació, el seu sexe, orientació sexual, situació familiar, malaltia o minusvalidesa, per ostentar la representació legal o sindical dels treballadors, pel parentesc amb altres treballadors de l'empresa o per l'ús d'alguna de les llengües oficials dins de l'Estat espanyol, i no restableixin la situació d'igualtat davant la Llei després de requeriment o sanció administrativa, reparant els danys econòmics que s'hagin derivat, seran castigats amb la pena de presó de sis mesos a dos anys o multa de sis a dotze mesos. A més, s'introdueix el delictes de provocació a la discriminació i a l'odi en l'art. 510.1 CP, amb el següent tenor literal: "Els que provoquessin a la discriminació, a l'odi o a la violència contra grups o associacions, per motius racistes, antisemites o altres referents a la ideologia, religió o creences, situació familiar, la pertinença dels seus membres a una ètnia o raça, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació sexual, malaltia o minusvalidesa, seran castigats amb la pena de presó d'un a tres anys i multa de sis a dotze mesos.". En l'apartat 2n s'estableix el supòsit d'injúries agreujades per la seva naturalesa discriminatòria: "Seran castigats amb la mateixa pena els que, amb coneixement de la seva falsedat o temerari menyspreu cap a la veritat, difonguessin informacions injurioses sobre grups o associacions en relació amb la seva ideologia, religió o creences, la pertinença dels seus membres a una ètnia o raça, el seu origen nacional, el seu sexe, orientació sexual, malaltia o minusvalidesa. La discriminació en la prestació d'un servei públic per part d'un funcionari a una persona o associació; o la discriminació en una activitat privada també troben sanció penal en els arts. 511 i 512 del Codi Penal.

<sup>69</sup> DOUE L, núm. 328, 6-XII-2008, pp. 55-58). Aquesta Decisió deroga l'Acció Comuna 96/443/JAI (art. 11). Resolució legislativa del Parlament Europeu, de 29 de novembre de 2007, sobre la proposta de Decisió marc del Consell relativa a la lluita contra determinades formes i manifestacions de racisme i xenofòbia mitjançant el Dret penal (11522/2007 – C6-0246/2007 – 2001/0270(CNS)) (DOUE C, núm. 279E, 20-XI-2008, pp. 126-129).

<sup>70</sup> Com es pot veure amb l'aprovació de la Llei 19/2007, d'11 de juliol, contra la violència, el racisme, la xenofòbia i la intolerància en l'esport (BOE, núm. 166, 12-VII-2007, pp. 29946-29964). Art. 1: [...]. 4. La present Llei serà d'aplicació als treballadors autònoms estrangers que reuneixin els requisits previstos a la Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener, de drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social; i amb el Reial decret 748/2008, de 9 de maig, pel que es regula la Comissió Estatal contra la violència, el racisme, la xenofòbia i la intolerància en l'esport (BOE, núm. 120, 17-V-2008, pp. 23657-23661).

<sup>71</sup> A nivell europeu cal destacar la Decisió del Consell, de 19 d'abril de 2007, per la qual s'estableix per al període 2007-2013 el programa específic «Drets fonamentals i ciutadania», integrat en el programa general «Drets fonamentals i justícia. El programa és d'aplicació des de l'1 de gener. Entre els objectius generals (art. 2) s'inclou: c) combatre el racisme, la xenofòbia i l'antisemitisme i fomentar una millor comprensió interconfessional i intercultural i una major tolerància a través de tota la Comunitat Europea"; com a objectiu específic en l'art. 3 "d) crear les estructures pertinents per promoure el diàleg interconfessional i multicultural a escala de la Unió Europea". I, entre els grups de destinataris del programa tal com s'estableix en l'art. 6 es troben "els nacionals de tercers països que resideixen legalment en el territori de la Unió Europea" (DOUE L. núm. 110, 27-IV-2007, pp. 33-39). Per la seva part, la Comissió proposa incloure entre d'altres àmbits temàtics, tot el que afecta a la lluita contra el racisme i la xenofòbia. Es tracta d'un àmbit en el qual els drets fonamentals revesteixen una gran importància i en el que la Unió Europea també té un paper que desenvolupa. En aquest àmbit temàtic, l'Agència podria abordar així mateix els rellevants de la integració social i de la "llibertat religiosa" com es posa de manifest en la Proposta de Decisió del Consell per a l'aplicació del Reglament (CE) núm. 168/2007 pel que fa a l'adopció d'un marc plurianual de l'Agència dels Drets Fonamentals de la Unió Europea per al període 2007-2012 (Comissió de les Comunitats Europees, Brussel·les, 12.9.2007; COM (2007) 515 final). I, amb relació al nostre país, la Proposició no de Llei sobre la lluita contra tota forma de racisme i xenofòbia, presentada pel Grup Parlamentari d'Esquerra Republicana- Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, (Congrés dels Diputats, IX Legislatura, Sèrie D, núm. 5, 22 d'abril de 2008, pp. 8-10).



## II. DE LES GARANTIES NORMATIVES A APLICACIÓ JUDICIAL

### 1. Delimitació de l'anàlisi

A l'hora d'abordar el tema, no sol es tracta d'una anàlisi de normes sinó d'indagar sobre la seva aplicació judicial, pel que anem a intentar assenyalar alguns dels dictàmens que hem localitzat tant a nivell intern com internacional en els quals es realitza un examen de les disposicions relatives a l'eradicació de qualsevol discriminació per raó de raça o de nacionalitat. Tenint en compte el lloc del qual emanen aquestes decisions judicials a continuació passem procedir a una distinció entre les decisions dictades pel nostre Tribunal Constitucional (-d'ara endavant TC-), per posteriorment, procedir a examinar els dictàmens del Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea (-d'ara endavant TJCE-); finalment, procedir a una repassada de les sentències del Tribunal Europeu de Drets Humans (-d'ara endavant TEDH).

### 2. La doctrina del Tribunal Constitucional

Són tres les sentències que hem pres en consideració, es tracta de les STC 214/1991, STC 176/1995 i fonamentalment la STC 13/2001. En primer lloc, la STC 214/1991, d'11 de novembre. En aquesta decisió, el TC apunta que: "La dignitat com rang o categoria de la persona com a tal, del qual deriva i en el que es projecta el dret a l'honor (art. 18.1 CE), no admet cap discriminació per raó de naixement, raça o sexe, opinions o creences. L'odi i el menyspreu a tot un poble o a una ètnia (a qualsevol poble o a qualsevol ètnia) són incompatibles amb el respecte a la dignitat humana, que només es compleix si s'atribueix por igual a tot home, a tota ètnia, a tots els pobles" <sup>72</sup>. En segon terme, la STC 176/1995, d'11 de desembre, que al·ludeix expressament que: "El missatge racista està en contradicció oberta amb els principis d'un sistema democràtic de convivència pacífica" <sup>73</sup>.

I, finalment, encara que discutible, la STC (Sala 2<sup>a</sup>) 13/2001, de 29 de gener (<sup>74</sup>). Per poder arribar a aquesta conclusió cal procedir a un relat dels fets, és a dir dels antecedents que van donar lloc a aquesta STC i a un vot particular d'un ponent

<sup>72</sup>. BOE, núm. 301, 17-XII-1991

([http://www.boe.es/aeboe/consultes/bases\\_datos/doc.php?coleccion=tc&aneu=SENTÈNCIA-1991-0214](http://www.boe.es/aeboe/consultes/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&aneu=SENTÈNCIA-1991-0214)). També s'afirma en aquesta decisió que: ni la llibertat ideològica (art. 16 C.E.) ni la llibertat d'expressió (art. 20.1 C.E.) comprenen el dret a efectuar manifestacions, expressions o campanyes de caràcter racista o xenòfob, ja que, tal com disposa l'art. 20.4, no existeixen drets il·limitats i això és contrari, no només al dret a l'honor de la persona o persones directament afectades, sinó a altres béns constitucionals com el de la dignitat humana (art. 10 C.E.), que han de respectar, tant els poders públics, com els propis ciutadans. La dignitat com rang o categoria de la persona com a tal, del qual deriva i en el que es projecta el dret a l'honor (art. 18.1 C.E.), no admet cap discriminació per raó de naixement, raça o sexe, opinions o creences. I, a més, de la conjunció dels dos valors constitucionals, dignitat i igualtat de totes les persones, es fa obligat afirmar que, ni l'exercici de la llibertat ideològica, ni la d'expressió poden emparar manifestacions o expressions destinades a menysprear o a generar sentiments d'hostilitat contra determinats grups ètnics, d'estrangers o immigrants, religiosos o socials, doncs en un Estat com l'espanyol, social, democràtic i de Dret, els integrants d'aquelles col·lectivitats tenen el dret a conivir pacíficament i a ser plenament respectats pels altres membres de la comunitat social.

<sup>73</sup>. Vinya. FJ 4, paràgraf 4. BOE, núm. 11, 12-I-1996  
([http://www.boe.es/aeboe/consultes/bases\\_datos/doc.php?coleccion=tc&aneu=SENTÈNCIA-1995-0176](http://www.boe.es/aeboe/consultes/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&aneu=SENTÈNCIA-1995-0176)).

<sup>74</sup> BOE, núm. 52 suplement, 1-III-2001, pp. 16-23 (<http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2001/STC2001-013.html>); comentada a la feina de J. García Añón, "Drets dels estrangers i discriminació", Quaderns Electrònics de Filosofia del Dret, núm. 5-2002 (<http://www.uv.es/CEFD/5/garciaanon.htm>).



discrepant de la majoria, amb el qual compartim tesis, en contra de l'apuntat pel TC. El 6 de desembre de 1992, a l'estació de ferrocarril de Valladolid, una dona de raça negra, de nom Rosalind Williams Lecraft, va ser abordada per agents de la Policia Nacional al baixar del tren amb el seu marit i el seu fill (aquests blancs), perquè s'identifiqués i comprovés la seva situació regular a Espanya. Williams Lecraft i la seva família van presentar una denúncia al considerar que suposar la seva irregularitat a causa de la seva raça, era discriminatori. Aquest va ser l'inici d'una sèrie de recursos legals, en tot cas, van formular sol·licitud de responsabilitat patrimonial de l'Administració General de l'Estat davant el Ministre de l'Interior, basant la seva reclamació en que el requeriment d'identificació es va realitzar exclusivament sobre la Sra. Williams Lecraft per ser de raça negra, el que implicava un comportament racista que havia produït lesions morals i psicològiques a la requerida i als seus familiars fruit de la humiliació soferta, de la indignació que genera saber que la raça ha estat considerada criteri determinant per a l'actuació policial i, finalment, de la inquietud de ser requerida per la policia per ser identificada, perquè d'això sembla lògic entendre que el sol fet d'una diferència racial és considerat base per a la sospita que s'infringeix l'Ordenament jurídic. Després de nou anys, la Sala Segona del Tribunal Constitucional va desestimar la demanda de Williams Lecraft argumentant que "l'art. 11 de la Llei Orgànica 1/1992, de 21 de febrer, sobre protecció de la seguretat ciutadana, disposa que 'els estrangers que es trobin en territori espanyol estan obligats a disposar de la documentació que acrediti la seva identitat i el fet de trobar-se legalment a Espanya, d'acord amb allò disposat en les normes vigents' (...) A aquest efecte, forçós és reconèixer que, quan els controls policials serveixen a tal finalitat, determinades característiques físiques o ètniques poden ser preses en consideració en ells com raonablement indicatòries de l'origen no nacional de la persona que les reuneix". A més, el TC va treure dramatisme a la situació exposada per la senyora Williams al declarar que "la varietat de circumstàncies d'aquesta índole (llocs de trànsit de viatgers, d'allotjament, zones amb especial incidència de la immigració, etc.) determina que la seva valoració sigui eminentment casuística", és a dir, que els policies es veuen obligats a actuar en cada situació de manera diferent, doncs no hi ha una norma general. No obstant això, el TC és contundent a l'advertir que "l'exercici de les facultats d'identificació ha de portar-se a terme de manera proporcionada, respectuosa, cortès i, en definitiva, de la manera que menys incidència generi en l'esfera de l'individu. La trasgressió d'aquesta condició d'exercici, no només fa a aquest contrari a l'Ordenament, sinó que pot ser reveladora que, la que en principi pot semblar una raonable selecció de les persones a identificar en l'exercici de les funcions policials, no és tal, sinó que ha estat efectuada o aprofitada per infligir un dany especial o addicional als qui pertanyen a determinat grup racial o ètnic".

El TC parteix de la distinció entre discriminació patent/encoberta (directa/indirecta) "A fi d'indagar si es va produir o no una discriminació racial encoberta en la concreta forma d'exercici de la potestat policial d'identificació, és a dir, si el requeriment d'identificació va produir a la Sra. Williams Lecraft, en la qualitat d'integrant d'un grup racial concret, un impacte advers que, ateses les circumstàncies concurrents, resulta objectivament injustificat o inidoni per al compliment de la finalitat en funció de la qual es va conferir la potestat per portar a terme el requeriment identificatori qüestionat, haurà d'observar-se si existeix alguna dada d'entre els tinguts per provats que permeti afirmar que les característiques racials de la Sra. Williams Lecraft van ser preses en consideració per demanar-li la documentació per algun altre motiu que el del seu genèric caràcter indiciari d'una major probabilitat que la interessada fos estrangera (...)



(<sup>75</sup>). Doncs bé, del relat de fets de la Resolució administrativa recorreguda, no desvirtuada en el procés judicial previ a aquest recurs d'empara, es desprèn que l'actuació policial va usar el criteri racial com merament indicatiu d'una major probabilitat que la interessada no fos espanyola. Cap de les circumstàncies esdevingudes en l'esmentada intervenció indica que el comportament del funcionari de la Policia Nacional actuant fos guiat per un prejudici racista o per una especial prevenció contra els integrants d'un determinat grup ètnic, com s'al·lega en la demanda" (<sup>76</sup>). "El discriminatori hagués estat la utilització d'un criteri (en aquest cas el racial) que manqués de tota rellevància a fi de la individualització de les persones per a les que l'Ordenament jurídic ha previst la mesura d'intervenció administrativa, en aquest cas els ciutadans estrangers. Aquests, com ha quedat exposat, estan obligats a exhibir els documents justificatius de la seva estada legal a Espanya, obligació d'identificar-se que, per l'altres, afecta a la generalitat dels ciutadans segons resulta de l'art. 20.1 de la Llei Orgànica 1/1992, de 21 de febrer, sobre protecció de la seguretat ciutadana, en relació amb el seu art. 9 i l'art. 12 del Decret núm. 196/1976, de 6 de febrer, pel que es regula el Document Nacional d'Identitat, en la redacció donada pel Reial decret 1245/1985, de 17 de juliol" (<sup>77</sup>).

Certament, amb aquests arguments es desestima el recurs; no obstant això, no tots els magistrats estaven d'acord amb el text de la STC 13/2001. Aquesta decisió va ser signada per sis magistrats, un dels quals, Juliol Diego González Campos, va mostrar la seva discrepància amb les apreciacions dels seus companys, posant èmfasi en que tal sentència justifica una pràctica prohibida per l'article 14 de la Constitució Espanyola, "doncs resta reparar, en relació amb els estrangers del primer grup (estrangers en situació regular), que si poden quedar subjectes a la possibilitat de reiterats controls per raó de la raça, amb tals mesures no només s'està afectant negativament a un element de la identitat de les persones que la seva dignitat com tals exigeix que sigui respectat, sinó que s'està frustrant l'objectiu d'integració dels estrangers a la societat espanyola". En el seu vot particular afirma literalment que: "la introducció d'un criteri basat en la pertinença d'una persona a un grup racial determinat resulta al meu entendre contrari a l'art. 14 CE, doncs ens trobem davant una discriminació expressament prohibida per aquest precepte, ja sigui directa o només indirecta." (...). "el dany al qual al·ludeix la Sentència no es produeix només en supòsits de discriminació directa com els indicats, sinó que també pot produir-se com efecte normal si s'accepta, segons el parer de la majoria, que sigui un criteri apropiat per a "la raonable selecció" de les persones que poden ser sotmeses a control com a estrangers. D'una altra banda, que amb tal acceptació es defuig una altra dada social rellevant a fi de l'aplicació de les normes sobre estrangeria: que Espanya, de la mateixa manera que molts Estats europeus, ja és una "societat multiracial", en la que conviu un número no menyspreable de persones d'altres races. I aquestes persones són tant estrangers en una situació regular com nacionals espanyols. Una dada que, per ella mateixa ha d'excloure la introducció de la raça com criteri de selecció en el control d'estrangers, en atenció als seus previsibles efectes negatius per a la dignitat de les persones. Doncs resta reparar, en relació amb els estrangers del primer grup, que si poden quedar subjectes a la possibilitat de reiterats controls per raó de la raça, amb tals mesures no només s'està afectant negativament a un element de la identitat de les persones que la seva dignitat com tals exigeix que sigui respectat, sinó que s'està frustrant l'objectiu d'integració dels estrangers a la societat espanyola. I respecte

<sup>75</sup> FJ 8º (BOE, núm. 52 suplemento, 1-III-2001, pp. 20-21).

<sup>76</sup> FJ 9º (ibid, p. 21).

<sup>77</sup> Ibid.



als segons, pot conduir a una conseqüència no menys greu: que es produeixi una discriminació entre nacionals per raó de la raça, també atemptatòria a la seva dignitat personal, com el meu entendre ha succeït en el present cas <sup>(78)</sup>. Abans de finalitzar amb aquest cas, sol comentar que encara aquesta pendent de dictamen per part del Comitè per a l'Eliminació de la Discriminació Racial. Aquest Comitè no ha decidit sobre queixa alguna contra Espanya al llarg de 2007, si bé s'han realitzat observacions en la comunicació Williams Lecraft en el que la comunicant, de raça negra i de nacionalitat espanyola, adverteix una discriminació amb ocasió d'un requeriment policial d'identificació <sup>(79)</sup>.

### **La doctrina jurisprudencial fixada per la STJCE de 10 de juliol de 2008**

Encara que podríem esmentar algunes altres decisions, certament, només ens centrarem en una STJCE <sup>80</sup>. Es tracta, de l'Assumpte C-54/2007. El motiu pel qual ens anem a detenir en aquesta decisió es deu fonamentalment al fet que es tracta de la primera vegada que el TJCE s'ha enfrontat a un cas de discriminació per raó de nacionalitat, relatiu a l'accés al mercat laboral, és summament important la STJCE (Sala Segona) de 10 juliol de 2008. Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding contra Firma Feryn NV (Petició de decisió prejudicial plantejada pel Arbeidshof et Brussel)<sup>81</sup>. Té el seu origen en el marc del litigi entaulat pel Centre per a la Igualtat d'Oportunitats belga contra la societat mercantil F.F.NV arran de les manifestacions abocades en mitjans de comunicació públics per un dels administradors, en les que afirmava que la seva empresa no desitjava contractar a persones "estrangeres" (l'empresa en qüestió es dedica a la venda i la instal·lació de portes basculants i seccionar-les en cases particulars, i la causa que esgrimia l'administrador per afirmar l'execució de tal política de contractació respecte als treballadors estrangers eren les reticències de la clientela a permetre'ls accedir al seu domicili privat durant l'execució del treball) <sup>82</sup>. Concretament, el Arbeidshof et Brussel va sol·licitar al Tribunal de Justícia una resolució prejudicial sobre la interpretació de la Directiva 2000/43/CE del Consell, de 29 de juny de 2000, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o ètnic, respecte del litigi entre una entitat cuyo objecte és la promoció de la igualtat de

<sup>78</sup> Apartat 6è del Vot particular formulat pel Magistrat Juliol Diego González Campos (ibid, p. 23).

<sup>79</sup> Cf. Memoria de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado (2007) (*BIMJ*, junio 2008, p. 80).

<sup>80</sup> En tot cas, a manera d'exemple, cap al·ludir a la STJCE (Sala Cinquena) de 12 setembre de 1996. Assumpte C-278/94, Comissió de les Comunitats Europees contra Regne de Bèlgica, en aquest cas, s'afirma que estan prohibides aquestes pràctiques no tan sol en relació amb els estrangers comunitaris, sinó també als extracomunitaris amb residència legal. En l'assumpte, al supeditar la concessió dels subsidis d'espera pagats als joves treballadors a la recerca de la seva primera ocupació, al requisit que els interessats hagin acabat els seus estudis secundaris en un centre docent subvencionat o reconegut per ell, això implica que un Estat membre estableix un requisit que pot ser complert més fàcilment pels fills dels seus nacionals que pels d'un nacional d'un altre Estat membre. Al tractar-se d'un avantatge social a la qual poden aspirar els membres de la família d'un treballador emigrant, l'esmentat requisit, que és semblant a un requisit de residència prèvia, constitueix una forma encoberta de discriminació contra els fills de l'esmentat treballador, contrària al principi d'igualtat de tracte que estableixen l'article 48 del Tractat. Tot això malgrat que s'aplic també als nacionals d'aquest Estat que acaben els seus estudis secundaris a l'estranger i sense que calgui demostrar que, en la pràctica, l'esmentat requisit afecta un percentatge considerablement més important de fills de treballadors emigrants que de fills de nacionals".

<sup>81</sup> Diari La Llei, núm. 7046, Secció Jurisprudència, de 31 d'octubre de 2008. Ponent: Bonichot, Jean-Claude. En aquesta decisió s'examinen algunes disposicions incloses en la Directiva 2000/43/CE en relació amb els criteris discriminatoris de selecció de personal, i s'aborda la qüestió relativa a la càrrega de la prova i les sancions de l'esmentada conducta.

<sup>82</sup> Vinya. Conclusions presentades el 12 de març de 2008. Advocat General Sr. Poiaras Maduro.



tracte i un ocupador que, segons s'afirma, havia manifestat que no contractaria a persones d'origen marroquí. El Tribunal passa a valorar si les "declaracions públiques" de l'ocupador suposen discriminació (partint de la base que no s'ha produït cap denúncia específica en tal sentit per un dels possibles treballadors afectats) conforme a allò disposat en la Directiva 2000/43/CE. Finalment, el TJCE resol que "el fet que un ocupador declari públicament que no contractarà a treballadors de determinat origen ètnic o racial constitueix una discriminació directa en la contractació en el sentit de l'article 2, apartat 2, lletra a) de la Directiva 2000/43, ja que declaracions d'aquesta classe poden dissuadir fermament a determinats candidats de sol·licitar l'ocupació i per tant el seu accés al mercat de treball". En aquest sentit, en la seva decisió final la Sala 2a del TJCE declara literalment que:

1. El fet que un ocupador declari públicament que no contractarà a treballadors de determinat origen ètnic o racial constitueix una discriminació directa en la contractació, en el sentit de l'article 2, apartat 2, lletra a), de la Directiva 2000/43/CE del Consell, de 29 de juny de 2000, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o ètnic, ja que declaracions d'aquesta classe poden dissuadir fermament a determinats candidats de sol·licitar l'ocupació i per tant dificultar el seu accés al mercat de treball. 2) Les declaracions públiques mitjançant les que un ocupador dóna a conèixer que, en el marc de la seva política de contractació, no utilitzarà a treballadors de determinat origen ètnic o racial basten per presumir l'existència d'una política de contractació directament discriminatòria, en el sentit de l'article 8, apartat 1, de la Directiva 2000/43. Incumbeix en aquest cas a aquest ocupador provar que no s'ha vulnerat el principi d'igualtat de tracte. Pot fer-ho demostrant que la pràctica real de contractació de la seva empresa no correspon a aquestes declaracions. Competeix al tribunal remitent verificar que els fets imputats a aquest ocupador estan demostrats, i apreciar si són suficients els elements que l'esmentat ocupador aporti en suport de les seves afirmacions que no ha vulnerat el principi d'igualtat de tracte. 3) L'article 15 de la Directiva 2000/43 exigeix que el règim de les sancions aplicables a les infraccions de les disposicions nacionals establertes per a l'adaptació a l'esmentada Directiva quan no hagi víctima identificable sigui també efectiu, proporcionat i dissuasori" (<sup>83</sup>).

Per al TJCE, en definitiva, existeix una discriminació directa en la contractació per l'origen ètnic o racial del treballador que vulnera el principi d'igualtat de tracte; per tant, considera discriminatori que les empreses declari que no contracten estrangers encara que no hi hagi una denúncia d'alguna persona, les meres declaracions d'una companyia que afirmi que no utilitza a treballadors de determinada ètnia o país constitueix, per tant, una "discriminació directa".

Des de la nostra perspectiva, amb aquesta decisió es posa de manifest que la Directiva 2000/43/CE del Consell, de 29 de juny de 2000, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o ètnic (<sup>84</sup>) té com a missió eliminar les diferències de tracte per raó de nacionalitat. El

<sup>83</sup> *Diario La Ley*, núm. 7046, Sección Jurisprudencia, de 31 de octubre de 2008.

<sup>84</sup> DOTZE L, núm. 180, 19-VII-2000, pp. 22-26. Sobre la seva aplicació: Vinya. M. Requena Casanova, "L'aplicació de la Directiva 2000/43 del Consell, de 29 de juny, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o ètnic als nacionals de tercers Estats: un pas cap endavant en la seva integració a la UE", *La Unió Europea davant el segle XXI: els reptes de Niça*, Actes de les XIX Jornades 2001 de la AEPDIRI, Madrid, BOE, 2003. Ara bé, a nivell oficial ha de ser examinat l'Informe de la Comissió al Consell i al Parlament Europeu. Aplicació de la Directiva 2000/43/CE, de 29 de juny de 2000, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o





TJCE fa un pas a favor que la normativa comunitària destinada a eradicar discriminacions sense quedar subordinades al gaudi de la nacionalitat dels Estats membres; les seves normes, tenen un àmbit personal d'aplicació que també inclou, sense cap mena de dubte, als nacionals de països tercers. Per això, no aquesta de més apuntar que aquesta mateixa tendència hagi de ser presa en consideració a l'hora d'interpretar altres directives que tenen com finalitat una equiparació de tracte, com per exemple, la Directiva 2000/78/CE del Consell, relativa a la discriminació en l'ocupació basada en la religió, creences, discapacitat, edat o orientació sexual <sup>(85)</sup>, i la Directiva del Consell 2004/113/CE de 13 de desembre de 2004, per la qual s'aplica el principi d'igualtat de tracte entre homes i dones a l'accés a béns i serveis i el seu subministrament <sup>(86)</sup>. A aquestes, en un futur potser pròxim, caldrà afegir-hi una nova directiva, que s'aprovarà com a resultat de la proposta de Directiva del Consell per la qual s'aplica el principi d'igualtat de tracte entre les persones independentment de la seva religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual <sup>(87)</sup>.

En relació amb la Directiva 2000/43/CE del Consell, de 29 de juny de 2000, hem d'aturar-nos simplement esmentant alguns dels preceptes que ens semblen més importants en el tema que estem abordant, encara que no aprofundirem sobre el seu contingut <sup>(88)</sup>. En aquesta es donen certes definicions i es fixen els seus objectius. En l'art. 1, per delimitar el contingut es disposa que: "té per objecte establir un marc per lluitar contra la discriminació per motius d'origen racial o ètnic, amb la finalitat que s'aplic en els Estats membres el principi d'igualtat de tracte"; i en els arts. 2.2.a) i 3.º.a) s'estableix que: "existirà discriminació directa quan, per motius d'origen racial o ètnic, una persona sigui tractada de manera menys favorable del que sigui, hagi estat o vagi a ser tractada una altra en situació comparable"; i en l'art. 3.1.a) s'afegeix que: "les condicions d'accés a l'ocupació, a l'activitat per compte propi i a l'exercici professional, inclosos els criteris de selecció i les condicions de contractació i promoció, independentment de la branca d'activitat i en tots els nivells de la classificació professional"; segons el seu article 3, apartat 2, la mateixa Directiva no afecta a «la diferència de tracte per motius de nacionalitat". Els Estats membres estan obligats a complir amb aquests objectius com un mínim, per descomptat res no impedeix que en

---

ètnic (Comissió de les Comunitats Europees, Brussel·les, 30.10.2006; COM (2006) 643 final) i també la Resolució del Parlament Europeu, de 27 de setembre de 2007, sobre l'aplicació de la Directiva 2000/43/CE del Consell, de 29 de juny de 2000, relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o ètnic (2007/2094(INI)) (DOUE C, núm. 219E, 28-VIII-2008, pp. 317-324).

<sup>85</sup> DOCE L 303, 2-XII-2000, pp. 16-22.

<sup>86</sup> DOUE L núm. 373, 21-XII-2004, pp. 37-43. Segons allò disposat en el seu art. 17 "Els Estats membres adoptaran les mesures necessàries per donar compliment a allò disposat en la present Directiva com més tardar el 21 de desembre de 2007

<sup>87</sup> Vinya. Proposta de Directiva del Consell per la qual s'aplica el principi d'igualtat de tracte entre les persones independentment de la seva religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual (Comissió de les Comunitats Europees, Brussel·les, 2.7.2008; COM (2008) 426 final).

<sup>88</sup> Per a una anàlisi doctrinal profund d'aquesta Directiva, sense cap mena de dubte, han de ser consultats els treballs de la Profa. F. Estéve García, "Igualtat i no discriminació racial després de la transposició a Espanya de la Directiva 2000/43", Notícies de la Unió Europea, núm. 267, 2007 (exemplar dedicat: Dret comunitari europeu i Dret espanyol), pp. 43-59; aneu, "Les directives europees contra la discriminació racial i la creació d'organismes especialitzats per promoure la igualtat. Anàlisi comparatiu de la seva transposició a Espanya i a França", Revista de dret constitucional europeu, núm. 10, juliol-desembre 2008 (<http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/05FrancinaEsteveGarcia.htm>).



els ordenaments interns s'adoptin o mantinguin normes més favorables per a la protecció del principi d'igualtat de tracte que les assenyalades (art. 6 de la Directiva). En tot cas, en virtut de l'art. 7.1, les autoritats estatals estan obligades a vetllar per l'existència de procediments judicials i administratius, i fins i tot, quan ho considerin oportú, procediments de conciliació, per exigir el compliment de les obligacions establertes amb arranament per la Directiva, per a totes les persones que es considerin perjudicades per la no aplicació, en el que a elles es refereix, del principi d'igualtat de tracte, fins i tot després de la conclusió de la relació en la qual suposadament s'ha produït la discriminació <sup>(89)</sup>. A més, s'introdueix el principi de la inversió de la prova, ja que en virtut de l'art. 8.1 "Els Estats membres adoptaran, d'acord amb el seu ordenament jurídic nacional, les mesures necessàries per garantir que correspongui a la part demandada demostrar que no hi ha hagut vulneració del principi d'igualtat de tracte quan una persona que es consideri perjudicada per la no aplicació, en el que a ella es refereix, de l'esmentat principi al·legui, davant un tribunal o un altre òrgan competent, fets que permetin presumir l'existència de discriminació directa o indirecta"; i, d'altra banda, en l'art. 15 s'atribueix als Estats membres la responsabilitat de determinar el règim de sancions aplicables, i puntualitza que les esmentades sancions podran incloure la indemnització a la víctima i hauran de ser «efectives, proporcionades i dissuasòries». Finalment, la imparcialitat de les actuacions estatals queda garantida sempre que es compleixi allò establert en l'art. 13 que: "1. Exigeix que els Estats membres designin un o més organismes responsables de la promoció de la igualtat de tracte. 2. Els Estats membres vetllaran perquè entre les competències d'aquests organismes figurin les següents: sense perjudici del dret de víctimes i associacions, organitzacions o altres persones jurídiques contemplades en l'apartat 2 de l'article 7, prestar assistència independent a les víctimes de discriminació a l'hora de tramitar les seves reclamacions per discriminació" <sup>(90)</sup>;

Les obligacions apuntades haurien d'haver estat incorporades en la seva totalitat al nostre país, si embargament, la transposició va ser feta amb poca transparència, ja que aquesta es va portar a terme mitjançant l'aprovació de la DÓNA 7a de la Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, en relació amb el principi d'igualtat recull expressament la no afectació de la legislació d'estrangeria. En concret, en la disposició al·ludida s'estableix que: "Allò disposat en el Capítol III «Mesures per a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte», del Títol II de la present Llei s'entén sense perjudici de la regulació establerta quant a l'entrada, permanència, treball i establiment dels estrangers a Espanya a la Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, modificada per la Llei Orgànica 8/2000, de 22 de desembre" <sup>(91)</sup>.

<sup>89</sup> I, en l'art. 7.2 es disposa expressament que: "Els Estats membres vetllaran perquè les associacions, organitzacions o altres persones jurídiques que, d'acord amb els criteris establerts en el Dret nacional, tinguin un interès legítim a vetllar pel compliment d'allò disposat en la present Directiva, puguin iniciar, en nom del demandant o en el seu suport, i amb la seva autorització, qualsevol procediment judicial o administratiu previst per exigir el compliment de les obligacions de la present Directiva".

<sup>90</sup> Vinya. Pregunta formulada pel Diputat do Gaspar Llamazares Trigo (GER-IU-ICV), sobre termini previst per crear el Consell per a la Promoció de la Igualtat de Tracte i no discriminació de les persones per l'origen racial o ètnic. Text: Termini previst pel Govern per crear el «Consell per a la Promoció de la Igualtat de Tracte i no discriminació de les persones per l'origen racial o ètnic» previst a l'article 33 de la Llei Orgànica 62/2003, «De Mesures fiscals, administratives i d'ordre social», que incorpora al nostre Dret la Directiva 43/2000 del Consell de la Unió Europea (Congrés dels Diputats, IX Legislatura, Sèrie D, núm. 110, 21 de novembre de 2008, p. 15).

<sup>91</sup> BOE, 31-XII-2003, pp. 46874-46992; quant a les crítiques a la transposició dolenta: Vinya. F. Estéve García, "Les directives europees contra la discriminació racial i la creació d'organismes especialitzats per promoure la igualtat. Anàlisi comparatiu de la seva transposició a Espanya i a França", Revista de dret constitucional europeu, núm. 10, juliol-desembre 2008, nota 25. En concret, s'al·ludeix als treballs de L. Cachón Rodríguez,



## **Aplicació del Conveni per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals, fet a Roma el 4 de novembre de 1950**

### **A) Preliminars**

Una repassada per la jurisprudència del Tribunal mostra que són abundants les reclamacions dels immigrants i que les seves demandes es declaren admissibles en molts casos <sup>(92)</sup>. Ara bé, ni la Convenció ni el Tribunal reconeixen en termes el principi

---

"Espanya i la Directiva 2000/43: de la "ocasió perduda" a una legislació general sobre igualtat de tracte", Temps de Pau, 2004, n.º. 73, pp. 13-22; J. de Déu Ramírez Heredia, "Algunes sospitoses absències en la transposició de la Directiva comunitària relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte de les persones independentment del seu origen racial o ètnic", Temps de Pau, 2004, núm. 73 pp. 23-37; i A.V. Sempere Navarro, "L'incorregible "Llei d'acompanyament" i el principi d'igualtat. A propòsit de la Llei 62/2003", Actualitat jurídica Aranzadi, núm. 608.

<sup>92</sup> Ara bé, en altres supòsits la decisió ha estat negatiu: a manera d'exemple, podem citar almenys quatre decisions. En primer lloc, la STEDH de 28 de maig de 1985. Demandes núm. 9214/1980, 9473/1981 i 9474/1981. Les ingerències dels poders públics, no existeixen. Davant l'al·legació de legislació d'immigració contrària a aquest precepte s'apunta l'absència d'obligació dels Governos de respectar l'elecció per parelles casades del país de la seva residència matrimonial i acceptar en tal Estat als cònjuges no nacionals: les demandants coneixien en el moment del seu matrimoni les dificultats existents perquè els seus marits poguessin establir-se al Regne Unit: no va haver "falta de respecte" a la vida familiar: violació inexistent; discriminació basada en la raça: les normes aplicables a tots els estrangers que pretenguessin entrar i establir-se al Regne Unit perseguen l'objectiu de frenar la "immigració primària" que procedia massivament dels països de la Nova Commonwealth i Pakistan: absència de caràcter racista de les normes: violació inexistent; discriminació basada en el naixement: només les ciutadanes del Regne Unit i les Colònies establertes al Regne Unit nascudes allà o un de cuyos pares ho hagués fet, podrien obtenir l'autorització d'establiment a favor del seu marit no nacional: el tracte especial atorgat a les persones cuyos vincles deriven del naixement en el seu territori gaudeix de justificació objectiva i raonable: violació inexistent (TEDH 1985\8). En tot cas, destacar que en aquesta decisió el TEDH si va donar la raó a les demandants en cuanto que existien diferències de tracte legislatiu: discriminació basada en el sexe: restricció per a les dones establertes a Regne Unit de la possibilitat d'obtenir per al seu cònjuge no nacional el permís d'entrada o permanència respecte als homes en la mateixa situació: la diferència al·legada pel Govern entre l'impacte dels homes i les dones al mercat de treball, no justifica la diferència de tracte: la tranquil·litat pública pretesa amb aquesta legislació no pot derivar-se de la distinció entre homes i dones: l'al·legació del Govern de tracte més generós a les dones i núvies d'homes establerts al Regne Unit que allò establert en el Conveni no és acceptable: existeix discriminació sempre que un individu o grup sigui tractat, sense justificació, menys favorablement que un altre: violació existent); en segon lloc, la STEDH de 28 novembre 1996. Demanda núm. 21702/1993. Demanda de ciutadà que posseeix les nacionalitats marroquina i holandesa i de ciutadà marroquí contra el Regne dels països Baixos presentada davant la Comissió el 23-2-1993, al denegar a un dels recurrents el permís de residència. Violació de l'art. 8 del Conveni: inexistència. Desestimació de la demanda. Concepte de vida familiar: la vida en comú no és una condició indispensable per a la vida familiar entre els pares i els fills menors: la relació que un matrimoni legal i real crea entre els cònjuges deu qualificar-se com vida familiar: un nen nascut de l'esmentada unió forma part de ple dret d'aquesta relació: pel mer fet del seu naixement, existeix entre ell i els seus pares, fins i tot si aquests no conviuen a l'assaonament, un llaç que suposa una vida familiar; Ingerències dels poders públics: denegació a ciutadà marroquí, fill de ciutadà que posseeix les nacionalitats marroquina i holandesa de permís de residència: l'art. 8 no garanteix el dret a elegir el mig més apropiat per desenvolupar una vida familiar: existència d'un equilibri just entre els interessos en joc: proporció entre els mitjans utilitzats i la legítima finalitat que es pretenia al controlar l'entrada dels estrangers sobre el territori holandès: violació inexistent (TEDH 1996\64); en tercer lloc, la STEDH (Secció 3ª) de 10 juliol 2003. Demanda núm. 53441/1999. Demanda de ciutadà algerià contra la República de França presentada davant el Tribunal el 06-06-1999, per condemna de prohibició d'estada en territori francès durant deu anys. Violació de l'art. 8 del Conveni: inexistència: desestimació de la demanda. Ingerències dels poders públics: límits: «necessaris en una societat democràtica»: estrangers: prohibició d'estada en territori francès durant deu anys a ciutadà algerià arribat a França amb 5 anys d'edat: condemna per tinença il·lícita, transport i adquisició de resina de canabis: absència de llaços especials de dependència: mesura proporcionada: violació inexistent (JUR 2004\73093); i finalment, la STEDH (Secció 3ª) de 10 abril 2003. Demanda núm. 53470/1999. Demanda de ciutadà algerià contra la República francesa presentada davant la Comissió el 23-11-1999, per no haver pres les mesures adequades per reparar la ingerència en la seva vida privada i familiar després de condemna de prohibició d'estada en territori nacional. Violació de l'art. 8 del Conveni: inexistència: desestimació de la demanda. Ingerències dels poders públics: àmbit: estrangers: mesura d'allunyament del demandant declarada incompatible amb l'art. 8 del Conveni: retard en la concessió de visat especial per part de les autoritats franceses de tres mesos i mig des de la seva sol·licitud: esforços raonables i suficients per facilitar el retorn del demandant: violació inexistent; Concessió de permisos de residència i de treball des del seu retorn a França: correspon a les autoritats internes escollir els mitjans per complir amb les obligacions del Conveni: improcedència de reivindicar un estatut especial per al demandant: violació inexistent (JUR 2004\73104).



el dret a l'emigració, però sí que exigeixen garanties processals per a les expulsions; i declaren contràries a la Convenció aquelles que atemptin contra el Dret al respecte de la vida privada i familiar que reconeix l'art. 8 del Conveni <sup>(93)</sup>.

En relació amb el Conveni per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, més conegut com a Conveni de Roma de 1950 hem de destacar diversos preceptes, entre ells, l'art. 8, que recull el Dret al respecte a la vida privada i familiar, a l'establir que: "1. Tota persona té dret al respecte de la seva vida privada i familiar, del seu domicili i de la seva correspondència. 2. No podrà haver ingerència de l'autoritat pública en l'exercici d'aquest dret, sinó quan aquesta ingerència estigui prevista per la llei i constitueixi una mesura que, en una societat democràtica, calgui per a la seguretat nacional, la seguretat pública, el benestar econòmic del país, la defensa de l'ordre i la prevenció del delictes, la protecció de la salut o de la moral, o la protecció dels drets i les llibertats dels altres"<sup>94</sup>. També deu retenir-se l'art. 13 que imposa el dret a un recurs efectiu, al disposar que: "Tota persona de la que drets i llibertats reconeguts en el present Conveni hagin estat violats té dret a la concessió d'un recurs efectiu davant una instància nacional, fins i tot quan la violació hagi estat comesa per persones que actuïn en l'exercici de les seves funcions oficials. Finalment, l'art. 14 que prohibeix tota discriminació, en concret, assenyala que: "L'exercici dels drets i llibertats reconeguts en el present Conveni ha de ser assegurat sense cap distinció, especialment per raons de sexe, raça, color, llengua, religió, opinions polítiques o altres, origen nacional o social, pertinença a una minoria nacional, fortuna, naixement o qualsevol altra situació".

La importància d'aquesta disposició radica en el fet que el Tribunal ha interpretat l'article 8 d'una manera tal que permet la protecció contra l'expulsió i permet la reunificació dels membres de la família de no nacionals que es troben permanentment establerts en un Estat part del Conveni Europeu. Aquesta interpretació de l'article 8 podria en alguns casos resultar útil per aconseguir la reunificació familiar, que fins i tot, resulta aplicable als refugiats així com les persones cobertes per la protecció temporal i altres formes subsidiàries de protecció<sup>95</sup>; no obstant això, ha de destacar-se que

<sup>93</sup> Cf. J.A. Pastor Ridruejo, "Los derechos de los emigrantes en el sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos", *Migraciones y desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales, Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006*/coord. por Francisco Aldecoa Luzárraga, José Manuel Sobrino Heredia, 2007, p. 33.

<sup>94</sup> Vinya. E. López Barba i D. García San José, "El dret de reagrupació familiar en el nou règim jurídic de la immigració a Espanya a la llum de les obligacions internacionals assumides en el Conveni Europeu de Drets Humans: una anàlisi crític", *Revista del Poder Judicial*, núm. 64, 2001, pp. 43-82; P. Santolaya Machetti, "Dret a la vida privada i familiar: un contingut notablement ampliat del dret a la intimitat (art. 8 CEDH)", J. García Roca i P. Santolaya Machetti (Coords.), *L'Europa dels Drets. El Conveni Europeu de Drets Humans*, Madrid, Centre d'Estudis Polítics i Constitucionals, 2005, pp. 487-508.

<sup>95</sup> També s'han examinat qüestions específiques d'asil. Per descomptat, no podem deixar d'assenyalar que en algunes de les seves últimes decisions el Tribunal d'Estrasburg ha estat especialment sever i restrictiu. A manera d'exemple, la decisió de la STEDH de 27 de maig de 2008, en el que ratifica la denegació d'asil a una malalta de Sida (TEDH 2008\34). El TEDH en l'assumpte N. c. Regne Unit (nº de demanda 26565/05), dona una resposta negativa a la sol·licitud feta per la demandant, de nacionalitat ugandesa, va arribar a Regne Unit en 1998 i va sol·licitar l'asil d'acord que al seu país havia estat violada i maltractada pel Moviment Nacional de Resistència. A més, es trobava greument malalta, havent-li estat diagnosticat SIDA en fase molt avançada. La Secretaria d'Estat de Regne Unit, encarregada de revisar la seva petició, se la va acabar denegant, sobre la base que no existien evidències aparents de ser buscada per les autoritats del seu país d'origen i postulant que el tractament al qual estava sent sotmesa, era possible continuar-ho a Uganda, ja que existien els mitjans necessaris i diversos programes de Nacions Unides s'encarregaven del finançament i distribució dels medicaments. Després de diverses apel·lacions, totes negatives, la demandant es va dirigir al TEDH al·legant la violació de l'article 3 del Conveni europeu de Drets Humans (prohibició d'un tracte inhumà o degradant). El TEDH, reunit en Gran Sala, ha estimat, per catorze vots a tres, que no existeix violació de l'article 3 si el Regne



respecte a aquests últims, a vegades en ser enfocades des de l'àmbit de la reunificació familiar –involucrant temes d'immigració, el Tribunal ha adoptat una tesi restrictiva de l'esmentat precepte<sup>96</sup>. Així doncs, en aquests casos, podria ser més convenient aconsellar a aquestes persones que iniciïn el procediment davant el Tribunal, demostrant precisament que el retorn al seu país d'origen resulta impossible. Ja que, es podria recolzar en el fet que refugiats ja reconeguts, així com altres persones en necessitat de protecció internacional que viuen en un Estat part del Conveni Europeu, certament no passarien – per al seu benefici – l'examen de retornabilitat al seu país d'origen que és aplicat pel Tribunal en tals casos. Per tant, si una petició de reunificació familiar és rebutjada per les autoritats nacionals.

## **B) Reunificació familiar d'acord amb l'article 8 del Conveni Europeu**

La possibilitat d'invocar l'article 8 del Conveni Europeu en casos de reunificació familiar pot resultar d'utilitat per als nacionals de tercers països. En els Estats que la reagrupació familiar d'aquest tipus d'estrangers és regulada de manera restrictiva, la seva denegació pot considerar-se com una interferència al dret d'una vida en família.

Els casos que es troben en aquesta categoria resulten difícils d'argumentar, ja que involucren assumptes d'immigració. En aquest sentit, el Tribunal té present que "(...) els Estats tenen el dret, com un element ben establert en el dret internacional i subjecte a les seves obligacions convencionals, de controlar l'entrada de persones d'altres nacionalitats en el seu territori". El Tribunal ha establert condicions estrictes per a l'aplicació de l'article 8 en tals situacions. Essencialment, el Tribunal busca determinar si la família no pot tornar a viure al seu país d'origen amb els altres membres de la família que intenten venir a l'Estat part del Conveni Europeu. Aquest examen de retornabilitat ("returnability") és aplicat sistemàticament. Si s'arriba a establir que la família sencera pot reunir-se al país d'origen, el Tribunal no trobaria una violació de l'article 8. Així, en el cas de Abdulaziz, Cabales i Balkandali contra el Regne Unit (STEDHU de 28 de maig de 1985), el Tribunal va afirmar que: "el deure imposat per l'article 8 no es pot considerar com ampliador de l'obligació general dels Estats contractants de respectar l'elecció de les parelles casades del seu país de

---

Unit acaba optant per l'extradició de la demandant a Uganda. En la decisió, es diu textualment: "1. Declaris, unanimously, the application admissible; 2. Holds by fourteen votis to three that there would be no violation of Article 3 of the Convention in the vent of the applicant being removeu to Uganda; 3. Holds by fourteen votis to three that it is not necessary to examini the complaint under Article 8 of the Convention".

<sup>96</sup> Aquesta línia es posa de manifest respecte a la denegació de les sol·licituds de reagrupació familiar fetes per persones sota amb estatus de protecció temporal o subsidiària. Així, s'han posat de manifest en el cas Gül contra Països Baixos, relatiu a un nacional de Turquia que vivia a Suïssa amb un permís de residència atorgat per raons humanitàries, el Tribunal va trobar que el denegar la reunificació familiar amb el nen que havia permanecido a Turquia no constituïa una violació de l'article 8. "Encara que el senyor i la senyora Gül es troben residint legalment a Suïssa, ells no tenen un dret permanent de residència, ja que no compten amb un permís d'establiment, sinó com un simple permís de domiciliar-se al país per raons humanitàries, el qual pot ser revocat i, a més, no atorga, sota la legislació suïssa, el dret a la reunificació familiar". No obstant això, els fets del cas revelen que la petició del sol·licitant d'asil havia estat rebutjada en primera instància per les autoritats suïsses i que, després de l'emissió del permís de residència per raons humanitàries, ell es trasllat almenys dues vegades a Turquia per visitar al seu fill. En conseqüència, el Tribunal va decidir que: "(...) encara que reconeix que la situació de la família Gul és sumament difícils del punt de vista humà, el Tribunal troba que Suïssa no ha incomplert la seva obligació derivada de l'article 8, párr. 1 i, per això, no hi ha hagut interferència en la vida familiar del demandant en el sentit de l'esmentat article" (párr. 43).



residència marital i acceptar als marits d'una altra nacionalitat per establir-se en aquest país" <sup>(97)</sup>. El Tribunal fins i tot ha aplicat aquesta mateixa tesi a demandants que gaudien de la ciutadania de l'Estat part involucrat. Així, en el cas de Ahmut contra Països Baixos (STEDHU de 28 de novembre de 1996), un doble nacional (marroquí/holandès) intentava portar al seu fill des del Marroc, el Tribunal va sostenir que: "A més de gaudir de la nacionalitat holandesa des de febrer de 1990, Salah Ahmut ha retingut la seva nacionalitat original marroquí (...). En conseqüència, sembla que a Salah Ahmut no se li pot impedir el mantenir el grau de vida familiar al qual ha optat a l'haver-se mudat als Països Baixos en primer terme, així com tampoc existeix cap obstacle per al seu retorn al Marroc" <sup>(98)</sup>.

Aquesta jurisprudència de caràcter restrictiu va ser d'alguna manera atenuada amb la decisió en el cas Sen contra Països Baixos, STEDH (Secció 3<sup>a</sup>) de 21 de desembre de 2001, en el qual el Tribunal va decidir que la denegatòria de permetre a una nena turca unir-se als seus pares, els qui residien legalment a Països Baixos, va constituir una violació de l'article 8 del Conveni Europeu <sup>(99)</sup>. Davant el Tribunal, la posició de les autoritats holandeses va ser que sí existia una vida familiar entre la nena i els seus pares, però que no obstant això la família no tenia impossibilitats de reunificar-se al país d'origen. Encara més, l'Estat demandat va al·legar que no tenia al seu càrrec obligacions positives en aquest cas, ja que la nena no depenia dels seus pares per al manteniment i educació. En aquest cas, el Tribunal va observar grans obstacles per al retorn de tota la família a Turquia. Va estimar que, a més de posseir un permís de residència de llarga durada, els pares havien viscut als països Baixos durant molts anys. Encara més, ells tenien altres dos fills que havien nascut a aquest país i que van créixer en un ambient cultural holandès. En aquestes circumstàncies, el Tribunal va considerar que permetre l'ingrés de la filla tercera als països Baixos era l'única manera de desenvolupar una vida en família, especialment a causa de la seva curta edat i la seva necessitat d'integrar la unitat familiar natural. Per al Tribunal, les autoritats holandeses fallàren al equilibrar els interessos dels demandants i els seus propis interessos a controlar la immigració. Aquesta decisió demostra que per al Tribunal declarar una violació de l'article 8 del Conveni, ha de realitzar una anàlisi detallat de la situació del demandant. En el present cas, amb el propòsit de determinar si la família podia o no tornar al país d'origen per reunir-se amb la seva filla, el Tribunal va examinar: la durada de la permanència de la família al país, l'edat i l'afecció cultural dels nens, l'edat del filla que permaneció al país d'origen, el tipus de permís de residència que tenia la família, etc. Aquesta sentència coincideix amb les decisions més liberals de l'antiga Comissió Europea de Drets Humans sobre aquesta matèria.

### **C) Doctrina del STEDH: no expulsió dels nacionals de tercers països**

Les decisions en aquest cas són múltiples, així a manera d'exemple, en les següents: la STEDH de 21 de juny de 1988. Demanda núm. 10730/1984, ciutadà marroquí contra el Regne dels països Baixos respecte a la denegació d'un nou permís de residència i consegüent mesura d'expulsió després del seu divorci d'una ciutadana

<sup>97</sup> Paràgraf 68 (TEDH 1985\8).

<sup>98</sup> Parágrafo 70 (TEDH 1996\64). Aquesta jurisprudència també ha estat aplicada en casos que els demandants tenien, de manera exclusiva, la nacionalitat de l'Estat part en qüestió. En el cas de Joseph William Kwakye- Nit i Akua Dufie contra Països Baixos, relatiu a persones de nacionalitat holandesa que intentaven portar els seus fills des de Ghana, el Tribunal va estar d'acord amb l'Estat demandat que, fins i tot considerant que el demandant havia obtingut la ciutadania holandesa i, en conseqüència, havia perdut la nacionalitat de Ghana, res els impedia continuar la seva vida en família en aquest últim país.

<sup>99</sup> TEDH 2001\887.



holandesa, d'aquest matrimoni existia una filla<sup>100</sup>, STEDH de 26 de març de 1992. Demanda núm. 12083/1986, ciutadà algerià contra la República Francesa, no cap l'expulsió per comissió continuada de delictes per pertorbació greu de la seva vida familiar<sup>101</sup>, STEDH (Secció 1<sup>a</sup>) d'11 de juliol de 2000. Demanda núm. 29192/1995, en la que un ciutadà turc contra el Regne dels països Baixos per la denegació d'un nou permís de residència i consegüent mesura d'expulsió després del seu divorci, d'aquest matrimoni existia un fill, on s'assenyala que la vida en comú no és una condició indispensable per a la vida familiar entre els pares i els fills menors. Es confirma que el dret a una vida familiar, entre un fill i els seus pares, fins i tot encara que aquests no convisquin, es té pel mer fet del seu naixement<sup>102</sup>, STEDH (Secció 2<sup>a</sup>) de 2 d'agost de 2001. Demanda núm. 54273/2000, que aborda la denegació a ciutadà algerià, casat amb una ciutadana suïssa de renovació del permís de residència a Suïssa, després de ser condemnat per delictes de robatori i tinença il·lícita d'armes, mesura que estenia a la defensa de l'ordre i la prevenció dels delictes, no obstant això era incompatible amb portar una vida familiar en qualsevol altre país<sup>103</sup>, STEDH (Secció 3<sup>a</sup>) de 17 d'abril de 2003. Demanda núm. 52853/1999, presentada per un jove ciutadà turc, nascut a territori alemany on resideix tota la seva família, anava a néixer el seu fill i gaudia de permís de residència il·limitat turc a la República Federal d'Alemanya per desproporció

<sup>100</sup>

<sup>101</sup>

<sup>102</sup> TEDH 2000\150. Ciliz contra els Països Baixos, núm. 29192/95. Fets: El demandant, Mehmet Ciliz, era un nacional de Turquia qui va arribar als països Baixos en 1988 i va contraure matrimoni amb una dona de la seva mateixa nacionalitat un any després. El senyor Ciliz va obtenir un permís de residència indefinit arran del seu matrimoni. Quan la parella, que per llavors tenia un fill, es va separar i després es va divorciar, el permís del demandant va ser cancel·lat i, en el seu lloc, va obtenir un permís de residència per un any el qual li permetia treballar als països Baixos. El demandant va fer intent d'obtenir un règim de visites al seu fill, raó per la qual va sol·licitar una prolongació del seu permís de residència. No obstant això, mentre aquest procediment es desenvolupava, el senyor Ciliz va ser expulsat el novembre de 1995. Entre els fonaments es destaquen: El demandant va al·legar que la denegació del permís de residència per part de les autoritats holandeses va infringir l'article 8 del Conveni Europeu. En el seu escrit va argumentar que la seva expulsió i les decisions adoptades posteriorment per les autoritats van constituir una ingerència en el seu dret al respecte de la vida familiar amb el seu fill. El Tribunal va estimar que la relació natural de família existent entre pares i fills fruits d'una relació matrimonial no cessa per motiu que els pares se separin o divorciïn, i el fill deixi de conviure amb un d'ells. En el cas particular, la Cort va observar que després del divorci, els pares no sostenien una bona relació e, inicialment, el pare no va intentar establir contacte amb el seu fill. Per això, el Tribunal va considerar que "els esdeveniments subsequents a la separació del demandant amb la seva dona no van constituir circumstàncies excepcionals capaços de trencar els llaços de 'vida familiar' entre el demandant i el seu fill" (paràgraf 60). Seguidament, el Tribunal va valorar si el cas involucrava una "ingerència" dels països Baixos amb l'exercici del dret del demandant al respecte de la "vida familiar" o la falta de compliment d'una obligació positiva. Sobre això, va trobar que la decisió de no permetre al demandant la seva residència en l'esmentat país, així com la seva posterior expulsió, van impedir que s'examinés la sol·licitud formal de visites que havia plantejat. Per això, el Tribunal va estimar que estava enfront de "un cas que involucrava una al·legació de 'ingerència' amb el dret del demandant al respecte de la 'vida en família'" (pàrr. 62). Així mateix, el Tribunal va trobar que aquesta ingerència es trobava "prevista per la llei" i resultava legítima en els termes de l'article 8.2 del Conveni. Quant a si resultava "necessària en una societat democràtica", el Tribunal va opinar que: Les autoritats no només van perjudicar el resultat dels procediments relatius a la qüestió de les visites a l'executar l'expulsió del demandant en el moment en què ho van fer, sinó que, encara més important, li van denegar al demandant tota possibilitat d'involucrar-se significativament en els esmentats tràmits, en els quals la seva disponibilitat per participar en audiències resultava essencial...Les autoritats, al no coordinar la conducció dels processos concernents als drets de família del demandant, no va actuar d'una manera que fes possible el desenvolupament d'aquest tipus de llaços (pàrr. 71). En suma, el Tribunal va estimar que "el procés d'adjudicació relatiu als processos d'expulsió del demandant i del règim de visites no va brindar la deguda protecció als interessos del demandant, d'acord amb l'article 8" (pàrr. 72).

<sup>103</sup> TEDH 2001\502. Demanda de ciutadà algerià contra Suïssa presentada davant la Comissió el 14-01-2000, al·legant que la denegació de la renovació del permís de residència, vulnera el seu dret al respecte de la seva vida privada, al separar-le de la seva dona, ciutadana suïssa. Violació de l'art. 8 del Conveni: existència: estimació de la demanda. Ingerències dels poders públics: denegació a ciutadà algerià, casat amb una ciutadana suïssa de renovació del permís de residència a Suïssa, després de ser condemnat per delictes de robatori i tinença il·lícita d'armes: mesura que estenia a la defensa de l'ordre i la prevenció dels delictes: irreprotxable conducta a la presó, beneficiant-se d'un alliberament anticipada: dificultats per portar una vida familiar en qualsevol altre país. Ingerència no proporcionada al fi perseguit.



de la prohibició il·limitada d'entrada en el territori alemany<sup>104</sup>, STEDH (Secció 1<sup>a</sup>) de 22 d'abril de 2004. Demanda núm. 42703/1998, ciutadà de Sèrbia i Montenegro expulsat per delictes de robatori amb agreujant comès sent menor d'edat i sense antecedents penals contra la República d'Àustria. L'esmentada mesura, pels vincles familiars i socials amb el país d'acollida, constitueix una mesura excessivament rigorosa<sup>105</sup>, STEDH (Secció 3<sup>a</sup>) de 27 d'octubre de 2005. Demanda núm. 32231/2002. Expulsió indefinida de ciutadà turc, establert a Alemanya, on gaudia d'un permís de residència permanent i resideix la seva família no és proporcionada tenint en compte les seves circumstàncies personals, el delictes pel qual se li expulsa i la dificultat dels seus fills per seguir-lo a Turquia<sup>106</sup>, STEDH (Secció 5<sup>a</sup>) d'11 de gener de 2007. Demanda núm. 61259/2000, ciutadà jordà casat amb búlgara i pare de tres fills tots ells ressentits a Bulgària<sup>107</sup>, STEDH (Secció 1<sup>a</sup>) de 22 de març de 2007. Demanda núm. 1638/2003. Demanda de ciutadà búlgar contra la República d'Àustria, expulsió d'estrangers: prohibició de residència durant deu anys a Àustria i posterior expulsió a Bulgària a menor immigrant de segona generació, arribat a una edat molt primerenca, a causa dels delictes comesos: naturalesa menor dels delictes que han de ser qualificats de delinqüència juvenil no violenta: bona conducta després de la seva posada en llibertat tot esperant expulsió, mitigant amb això el temor de les autoritats que constituís el demandant un perill per a l'ordre i la seguretat pública<sup>108</sup>; i, finalment, la STEDH (Secció 5<sup>a</sup>) de 24 d'abril de 2008. Demanda núm. 1365/2007. Demanda de ciutadà turc

<sup>104</sup> TEDH 2003\18. Demanda de ciutadà turc contra la República Federal d'Alemanya presentada davant el Tribunal l'11-10-1999, per ingerència en la seva vida privada i familiar a l'haver estat expulsat del territori alemany, on gaudia d'un permís de residència il·limitat. Violació de l'art. 8 del Conveni: existència: estimació de la demanda. Estrangers: expulsions: necessàries en una societat democràtica: decisions contràries art. 8.1 del Conveni: exigència de justificació per necessitat social imperiosa i proporcionals al fi legítim perseguit. Ingerències dels poders públics a l'expulsar al jove ciutadà turc, nascut a territori alemany on resideix tota la seva família, anava a néixer el seu fill i gaudia de permís de residència il·limitat: desproporció de la prohibició il·limitada d'entrada en el territori alemany tenint en compte les seves circumstàncies personals, el delictes pel qual se li expulsa i l'absència de vincles estrets amb Turquia.

<sup>105</sup> TEDH 2004\29. Demanda de ciutadà de Sèrbia i Montenegro contra la República d'Àustria, presentada davant la Comissió el 09-07-1998 per la mesura de prohibició definitiva de residència en el territori nacional dictada en actes per delictes de robatori amb agreujant. Violació de l'art. 8 del Conveni: existència: estimació de la demanda. Ingerència dels poders públics: alcance: ordre públic: prerrogativa dels Estats contractants de controlar, en virtut d'un principi internacional establert i sense perjudici dels compromisos que deriven dels tractats, l'entrada i estada dels no nacionals; Mesures necessàries en una societat democràtica: prohibició de residència il·limitada: expulsió de ciutadà de Sèrbia i Montenegro per delictes de robatori amb agreujant comès sent menor d'edat i sense antecedents penals: existència de vincles familiars i socials amb el país d'acollida: mesura excessivament rigorosa i desproporcionada.

<sup>106</sup> JUR 2005\268821. Demanda de ciutadà turc contra la República Federal d'Alemanya presentada davant el Tribunal el 27-08-2002, per ingerència a la seva vida privada i familiar a l'haver estat expulsat del territori alemany, on gaudia d'un permís de residència permanent. Violació de l'art. 8 del Conveni: existència: estimació de la demanda. Ingerències dels poders públics: expulsió d'estrangers: expulsió indefinida de ciutadà turc, establert a Alemanya, on gaudia d'un permís de residència permanent i resideix la seva família: desproporció de la mesura tenint en compte els seves circumstàncies personals, el delictes pel qual és li expulsa i la dificultat dels seus fills per seguir-lo a Turquia.

<sup>107</sup> JUR 2007\6919.

<sup>108</sup> TEDH 2007\21. Demanda de ciutadà búlgar contra la República d'Àustria presentada davant el Tribunal el 20-12-2002, per la mesura de prohibició de residència durant deu anys i expulsió del país imposada per la comissió de delictes. Violació de l'art. 8 del Conveni: existència: estimació de la demanda. Vida privada i familiar: alcance: expulsió d'estrangers: prerrogativa de l'Estat a assegurar l'ordre públic: control de la seva entrada i estada; Ingerències dels poders públics: expulsió d'estrangers: prohibició de residència durant deu anys a Àustria i posterior expulsió a Bulgària a menor immigrant de segona generació, arribat a molt primerenca edat, a causa dels delictes comesos: naturalesa menor dels delictes que han de ser qualificats de delinqüència juvenil no violenta: bona conducta després de la seva posada en llibertat tot esperant expulsió, mitigant amb això el temor de les autoritats que constituís el demandant un perill per a l'ordre i la seguretat pública: mesura desproporcionada: violació existent.





i ciutadanes búlgares contra la República de Bulgària, sobre l'equilibri degut entre la seguretat nacional i el dret dels demandants<sup>109</sup>.

Els Estats Contractants tenen la facultat d'expulsar a un estranger delinqüent, havent entrat i residint legalment en el seu territori, quan assumeixen la seva missió de mantenir l'ordre públic. En conclusió, de l'anàlisi de les decisions que hem inclòs en aquest treball podem arribar a dir que els principis generals que es desprenen són els següents: d'un costat, que els Estats tenen dret, sense perjudici dels seus compromisos derivats dels tractats, a controlar l'entrada d'estrangers en el seu territori<sup>110</sup>.

Així doncs es pot afirmar clarament que el Conveni no garanteix a un estranger el dret d'entrar o residir en un país concret<sup>111</sup>. D'altra banda, l'art. 8 del Conveni tampoc confereix a qualsevol categoria d'estrangers un dret absolut de no expulsió, la jurisprudència del Tribunal, no obstant això, revela clarament que existeixen circumstàncies en les quals l'expulsió d'un estranger comporta la violació d'aquesta disposició, entre els arguments utilitzats pel TEDH es fer referència tres fonamentals: d'un costat, la durada de la seva residència al país del qual seria expulsat; segon lloc, la solidesa dels llaços socials, culturals i familiars amb el país d'acollida i amb el país de destí; i finalment, les seves decisions en la matèria, en la mesura en la qual atemptin contra un dret protegit per l'apartat 1 de l'article 8, deuen considerar-se necessàries en una societat democràtica, és a dir, estar justificades per una necessitat social imperiosa i, en concret, ser proporcionades al fi legítim perseguit<sup>112</sup>.

<sup>109</sup> TEDH 2008\27. Demanda de ciutadà turc i ciutadanes búlgares contra la República de Bulgària, presentada davant el Tribunal el 05-12-2006 per la ingerència en el dret al respecte a la vida privada i familiar que va suposar l'expulsió del primer demandant de Bulgària, per no haver disposat d'un recurs efectiu i per la falta de previsió legal i garanties de la mateixa. Violació dels arts. 8 i 13 del Conveni, així com de l'art. 1 del Protocol núm. 7 al Conveni: existència: estimació de la demanda. Ingerències dels poders públics: expulsió d'estrangers: deportació del demandant per presumpta implicació en tràfic il·legal d'estupefaents: falta d'argumentació fàctica que va impedir al demandant defensar adequadament la seva causa: procediment de revisió judicial purament formal: absència de garanties contra l'arbitrarietat de les autoritats: violació existent. Dret a un recurs efectiu. Àmbit: deportació: absència de recursos o comunicació a les autoritats competents independents dels motius de la mateixa: falta d'examen per les autoritats sobre l'equilibri degut entre la seguretat nacional i el dret dels demandants, així com del compliment dels límits a la ingerència.

<sup>110</sup> El Tribunal recorda d'entrada que el Conveni no garanteix, com a tal, el dret a entrar o residir en un Estat del qual no s'és ciutadà i que els Estats Contractants tenen, en virtut d'un principi general de Dret internacional i sense perjudici dels compromisos que es deriven per a ells dels tractats, inclòs el Conveni, el dret a controlar l'entrada, l'estada i l'expulsió dels no ciutadans (Vinya. paràgraf 83 de la STEDH de 15 de novembre de 1996 (TEDH 1996\61), paràgraf 39 de la STEDH de 26 setembre 1997 (TEDH 1997\79); paràgraf 45 de la STEDH de 2 d'agost de 2001 (TEDH 2001\502) paràgraf 95 de la STEDH de 16 de juny de 2005 (TEDH 2005\67). Vinya. Nota 28; En canvi, si es permet l'entrada en la STEDH (Secció 1ª) de 5 octubre 2007. Demanda núm. 14139/2003. Llibertat de circulació i expulsió: límits: previstos per la llei: prohibició d'entrada i deportació a ciutadà turc cuyo permís de residència estava sent revisat: absència de decisió judicial: inexistència de base legal per a la mesura adoptada: violació existent JUR 2006\244343.

<sup>111</sup> En concret, en el paràgraf 67 in mori, s'afirma: "En particular, en la matèria ara considerada l'abast de l'obligació d'un Estat d'admetre en el seu territori a parents d'immigrants depèn de les singulars circumstàncies de l'interessat. A més, el Tribunal no pot oblidar que el present litigi es refereix no només a la vida familiar, sinó també a la immigració, i que, conforme a un principi de Dret internacional fermament establert, els Estats tenen el dret, sense perjudici dels compromisos que derivin dels Tractats, de controlar l'entrada dels no nacionals en el seu territori" (TEDH 1985\8).

<sup>112</sup> Ha de destacar-se, per ser una de les més recents i a més perquè inclou un resum de la jurisprudència seguida pel Tribunal d'Estrasburg, la STEDH (Secció 1ª) de 22 maig 2008. Demanda núm. 42034/2004. Demanda de ciutadà turc contra la Confederació Suïssa, presentada davant el Tribunal el 20-11-2004 per l'expulsió amb l'ordre de prohibició definitiva de residència en el territori nacional dictada després de la comissió de diversos delictes. Violació de l'art. 8 del Conveni: existència: estimació de la demanda. Ingerència dels poders públics: expulsió d'estrangers: prerrogativa de l'Estat a assegurar l'ordre públic: control de la seva



### Bibliografia:

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: "Nacionales de terceros países familiares de un ciudadano comunitario en el territorio de su propio Estado: ¿régimen de extranjería general o aplicación de la normativa comunitaria relativa a la libre circulación? (A propósito de la STJCE de 23 de septiembre de 2003)", A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 23-41.

AMNISTIA INTERNACIONAL.: *España: entre la desgana y la invisibilidad. Políticas del estado español en la lucha contra el racismo*" (Texto completo: [http://www.es.amnesty.org/uploads/media/Datos\\_y\\_Cifras\\_Racismo\\_Espana.pdf](http://www.es.amnesty.org/uploads/media/Datos_y_Cifras_Racismo_Espana.pdf))

BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>.A.: "Las directivas sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas por razón de origen racial o étnico (2000/43) y por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (2000/78)", *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 21, 2003 (*Ejemplar dedicado a la Protección de los derechos fundamentales en el orden social*), pp. 285-388.

--: "El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63, 2006, pp. 33-66.

BERISTAIN PIÑA, A.: "Inmigración y xenofobia ante instituciones culturales y religiosas", *La Ley*, núm. 5660, 21 de noviembre 2002.

CACHÓN RODRÍGUEZ, L.: "España y la Directiva 2000/43: de la "ocasión perdida" a una legislación general sobre igualdad de trato", *Tiempo de Paz*, 2004, núm. 73, pp. 13-22.

--: *Bases sociales de los sucesos de Elche de septiembre de 2004. Crisis industrial, inmigración y xenofobia*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Observatorio Permanente de la Inmigración, 2006.

DE DIOS RAMÍREZ HEREDIA, J.: "Algunas sospechosas ausencias en la transposición de la Directiva comunitaria relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico", *Tiempo de Paz*, 2004, número 73 (Ejemplar dedicado a: La promoción de la no discriminación por origen racial o étnico), pp. 23-37.

DE LUCAS MARTÍN, F.J.: *Europa: ¿Convivir con la diferencia? Racismo, nacionalidad y derechos de las minorías*, Madrid, Tecnos, 1992.

--: "Xenofobia, racismo y unidad europea (Sobre la garantía de los derechos fundamentales de los extranjeros en España)", *Jueces para la Democracia*, núm. 11, diciembre 1990.

--: "La mancha humana que se extiende", *Informe Anual 2006. Sobre el racismo en el Estado español*, Barcelona, Sos Racismo, Icaria, 2006, pp. 129-131.

---

entrada i estada; Expulsió de jove ciutadà turc, resident a Suïssa amb tota la seva família, amb prohibició il·limitada d'entrada en el territori: gravetat relativa de les condemnes imposades pels delictes de naturalesa menor comesos, sòlida integració al país d'acollida enfront dels tènues llaços que manté amb el seu país d'origen, problemes mèdics que pateix i caràcter ferm de la mesura d'allunyament: mesura excessivament rigorosa i desproporcionada tenint en compte les seves circumstàncies personals: violació existent. Expulsió: criteris a considerar: a) la naturalesa i gravetat del delicte comès, b) la durada de la residència al país del qual seria expulsat, c) temps transcorregut entre la comissió del delicte i la mesura d'expulsió, així com la conducta durant aquest període i d) la solidesa dels llaços socials, culturals i familiars amb el país d'acollida i amb el país de  
destí (TEDH 2008\33).



- DESDENTADO BONETE, A.: "El desempleo del extranjero «sin papeles»", *Diario La Ley*, núm. 6986, Sección Columna, 10 de julio de 2008.
- ESTÉVE GARCÍA, F.: "Igualdad y no discriminación racial tras la transposición en España de la Directiva 2000/43", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 267, 2007 (ejemplar dedicado: *Derecho comunitario europeo y Derecho español*), pp. 43-59.
- : "Las directivas europeas contra la discriminación racial y la creación de organismos especializados para promover la igualdad. Análisis comparativo de su transposición en España y en Francia", *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 10, julio-diciembre 2008 (<http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/05FrancinaEsteveGarcia.htm>).
- FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE SOS RACISMO DEL ESTADO ESPAÑOL.: *Informe Frontera Sur 1995-2006: 10 años de violación de los derechos humanos*, (<http://www.sosracisme.org/reflexions/pdfs/informefronterasur.pdf>). Consulta realizada el día 9 de octubre de 2006.
- : *Informe Anual 2006. Sobre el racismo en el Estado español*, Barcelona, Icaria, 2006.
- GAMBINO, S.: "La protección de los derechos fundamentales: el parámetro de los principios y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos", *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 8, 2007, pp. 189-241.
- GARCÍA AÑÓN, J.: "Derechos de los extranjeros y discriminación", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 5-2002 (<http://www.uv.es/CEFD/5/garciaanon.htm>: última consulta 15 de diciembre de 2008).
- GROS ESPIELL, H.: "Derechos humanos y migraciones", *Migraciones y desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales, Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006*/coord. por Francisco Aldecoa Luzárraga y José Manuel Sobrino Heredia, 2007, pp. 39-45.
- SANTOLAYA MACHETTI, P.: "Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad (art. 8 CEDH)", GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (Coords.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 487-508.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A.: "Los derechos de los emigrantes en el sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos", *Migraciones y desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales, Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006*/coord. por Francisco Aldecoa Luzárraga, José Manuel Sobrino Heredia, 2007, pp. 33-38.
- PÉREZ YDUELA, M.: *Opinión de los españoles en materia de racismo y xenofobia-2007*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, 2007 (<http://www.sp.upcomillas.es/sites/mtas/Lists/Documentos/Attachments/88/Opiniones%20espa%C3%B1oles%20racismo%20y%20xenofobia2007pdf.pdf>).
- REQUENA CASANOVA, M.: "La aplicación de la Directiva 2000/43 del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico a los nacionales de terceros



Estados: un paso hacia adelante en su integración en la UE”, *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza, Actas de las XIX Jornadas 2001 de la AEPDIRI*, Madrid, BOE, 2003.

RUBIO, A.: “Las medidas antidiscriminatorias: entre la igualdad y el control”, *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: L.O. 4/2000 y L.O. 8/2000* (Coord. MOYA ESCUDERO, M.), Granada, Comares, 2001.

SALAZAR BENÍTEZ, O.: “De la ciudadanía excluyente a la igualdad en las diferencias”, FERNÁNDEZ LE GAL, A. y GARCÍA CANO, S. (Dir.), *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, Córdoba, Servicio de Publicaciones, 2005, pp. 25-46.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>.A.: “Medidas antidiscriminatorias”, SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>.A. (Coord), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y Formularios)*, Murcia, Diego Marín Librero Editor, 2005, pp. 329-341.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La incorregible “Ley de Acompañamiento” y el principio de igualdad. A propósito de la Ley 62/2003”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, número 608; BIB 2004/45.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: “De Estrasburgo a Luxemburgo: lugares comunes, encuentros y desencuentros en el derecho a la reagrupación familiar”, *Migraciones y desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales, Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006*/coord. por Francisco Aldecoa Luzárraga, José Manuel Sobrino Heredia, 2007, pp. 581-600.

### **Ponència de Fernanda Sabah Gomes Soares.**

*Especialista en Teoria General de Dret per l'Acadèmia Brasileira de Direito Constitucional. Alumna de tercer cicle de la Universitat de Lleó. Aquesta realitzant el seu treball d'investigació sobre la Tractament jurídic de la immigració a la Unió Europea, dirigit per la Dra. Aurelia ALVAREZ RODRÍGUEZ.*

## **IMMIGRACIÓ I DRETS HUMANS**

(A propòsit de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de desembre de 2008, relativa a normes i procediments comuns en els Estats membres per al retorn dels nacionals de tercers països en situació irregular)

### **I. PROHIBICIÓ DE TOTA DISCRIMINACIÓ PER RAÓ DE NACIONALITAT I RESPECTE PER LA DIGNITAT DE LA PERSONES A EUROPA**

#### **1. Introducció**

Davant les crueltats entrevistes en la Segona Guerra Mundial, la societat internacional va aprovar la Declaració Universal dels Drets Humans, que ha estat internacionalment acceptada, en la qual s'estableix un conjunt de conceptes de drets fonamentals de les persones, entre els quals es destaquen: la justícia, la llibertat, la seguretat, la