



Edita Fundación Paulino  
Torras Domènech 1970

# ITINERA UNIVERSITAS

Derechos Humanos y Migraciones

ABRIL 2011

## 1. NUESTRO PUNTO DE VISTA

El mes de abril ha sido muy intenso en la Fundación pues nos hemos centrado en la preparación de un Curso sobre el Reglamento de extranjería de celebración pronta y en el que quisiéramos estudiar el Reglamento de la mano de quienes han contribuido a su redacción definitiva y a su mejora participando en el diálogo abierto al efecto por el Ministerio de Trabajo e Inmigración. Del mismo modo, hemos organizado la Primera Sesión de Foro-tertulia sobre Migración y Derechos Humanos, en la que participará la Sra. Radhis Iris Abreu Blondet, Jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien impartirá la conferencia La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de extranjería.

Por otra parte, el mes de abril ha venido marcado por tres noticias internacionales de gran interés: el éxodo humanitario causado por la situación de conflicto que se vive en Libia; la entrada en vigor de la Ley francesa de prohibición del encubrimiento del rostro; y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE que interpreta la Directiva sobre retorno.

Itinera universitas se hace eco de estas noticias, tratando de contextualizarlas. Así, además de considerar los datos del éxodo de refugiados hacia los Estados fronterizos de Libia, Itinera se refiere a la labor conjunta desempeñada por la OIM y el ACNUR sobre el terreno y recoge el concepto de *operaciones humanitarias de evacuación*, mostrando otros ejemplos llevados a cabo también por la OIM. La Ley francesa de prohibición del encubrimiento del rostro, por su parte, nos remite al debate que

sobre este particular se vive en España y Cataluña. Es por ello que, junto a la publicación de la parte dispositiva de la Ley francesa, reproducimos el Acuerdo del Ayuntamiento de Lleida sobre el uso del velo islámico en los espacios públicos y una reciente resolución judicial sobre la suspensión de su aplicación. La Sentencia del TJUE sobre la Directiva sobre retorno se acompaña de un breve resumen que destaca las aportaciones principales de esta importante Sentencia.

De entre las obras sobre Derechos humanos y migraciones de publicación reciente, destacamos dos: La primera hace referencia a las competencias de Cataluña en materia de inmigración y ha sido realizada por un reconocido grupo de investigación formado por profesores de las Universidades de Girona y Autónoma de Barcelona. De este libro, muy oportuno pues analiza, por ejemplo, el EAC 2006 y la STC 31/2010, nos hacemos eco en la Sección Una publicación de interés. La segunda se titula *El derecho de asilo frente a la violencia de género* (Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2011) y es ganadora del VIII Premio de Investigación Jurídica en prevención, rehabilitación, integración social o promoción de las personas con discapacidad, personas mayores, inmigrantes, infancia, refugiados u otros grupos que carezcan de la debida protección, convocado por la Fundación Aequitas. El autor del trabajo, el profesor Djamil Kahale, colabora en este número con su artículo *El derecho de asilo por motivos de género*.

1. NUESTRO PUNTO DE VISTA	1
2. OPINIÓN DE COLABORADORES	1-3
3. POLÍTICAS MIGRATORIAS	3-4
4. ESTATUS DEL INMIGRANTE	4-8
5. MULTICULTURALISMO	8-11
6. INSTITUCIONES	11
7. UNA PUBLICACIÓN DE INTERÉS	12

## 2. OPINIÓN DE COLABORADORES

### EL DERECHO DE ASILO POR MOTIVOS DE GÉNERO AUTOR: DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

#### 1. Formas de persecución por motivos de género

La Organización de las Naciones Unidas señala que al menos una de cada tres mujeres en todo el mundo ha sido golpeada, forzada sexualmente o abusada de algún otro modo en el transcurso de su vida, en el que el agresor habitualmente es conocido por ella. Un estudio

basado en datos del Banco Mundial, sobre diez factores de riesgo seleccionados que enfrentan las mujeres, indica que la violación y la violencia doméstica se sitúan antes que el cáncer, los accidentes de tránsito, la guerra y la malaria.

En muchos de los casos estas mujeres tienen la necesidad de salir de sus países de origen para no seguir soportando la perse-



cución por género que sufren, en vista que en su país el Estado no les brinda la protección adecuada, por lo que tienen que solicitar asilo en el país de llegada. Bajo este contexto, las formas de persecución por motivos de género son las siguientes:

- a) Obligación de acatar valores, normas, costumbres violentas o sufrir discriminación grave por el simple hecho de ser mujer.
- b) Crímenes relacionados con la dote.
- c) Mutilación genital femenina.
- d) Crímenes de honor.
- e) Matrimonios forzados.
- f) Violación.
- g) Obligación de realizar abortos selectivos en función del sexo e infanticidio.
- h) Víctimas de explotación sexual y laboral.
- i) Violencia de género.

## 2. Asilo y género: desarrollo legislativo

El problema que se plantea con el binomio asilo y género radica, principalmente, por el hecho que en la Convención de Ginebra no se recoge las formas de persecución por motivos de género de manera explícita. Ello puede dar lugar a que se produzcan diferentes interpretaciones, al considerar que si no está escrito no es obligatorio. Por ello se afirma que la Convención fue redactada en un momento en el que no existía sensibilidad en materia de discriminación a las mujeres, y, por ende, no se hace referencia expresa a ellas.

Antes de la publicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), no existía una base suficiente para la concesión de asilo, en vista que la persecución que recibía la mujer no era desarrollada por una autoridad pública, y no se identificaban las agresiones como un grupo social en los términos dispuestos en la Convención de Ginebra. En vista que las conductas recibidas constituían actos aislados desarrollados en el seno de la familia, en el que la Administración Pública negaba la condición de asilado otorgando solamente la permanencia en España por motivos humanitarios.

Por tanto, resulta plausible la actuación del legislador español al acoger a las mujeres extranjeras a la hora de otorgarles el derecho de asilo cuando estas huyen de sus países de origen a consecuencia de un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género; gracias, en primer lugar, a la disposición adicional vigésima novena de la LOI que ha sido la norma pionera. En segundo lugar, a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (Ley de Asilo), que añade expresamente como motivo de persecución, a los ya previstos por la Convención de Ginebra, los de género.

## 3. Evolución jurisprudencial y administrativa por motivos de género

El primer reconocimiento de la existencia de persecución por razón de sexo a nivel jurisprudencial data del 12 de noviembre de 1999. La Audiencia Nacional obliga a la Administración a otorgar un permiso de residencia por razones humanitarias a una mujer colom-

biana que a los quince años se fue a vivir con el padre de su hijo, y un día llegó a casa borracho, la maltrató, la violó y le pegó cinco tiros por estar supuestamente con otro hombre. Estuvo ingresada un mes en el hospital, cuando salió fue a casa de su madre, pero su compañero se presentó y la seguía golpeando, se fue a Bogotá a casa de una amiga, pero la encontró y la obligó a seguir viviendo con él, ya que en caso contrario mataría a su madre.

La primera concesión de asilo a una mujer víctima de violencia de género en España, por la Administración Pública, nace el 31 de mayo de 2005. La solicitante oriunda de un país del Golfo Pérsico huía de los malos tratos de su marido y de su familia. El Ministerio del Interior a la hora de conceder el asilo tuvo en consideración, además de los malos tratos recibidos y la falta de protección del país de origen, que en aquel país se reconocen los matrimonios forzados y se discriminan a las mujeres casadas.

Posteriormente, la Audiencia Nacional el 13 de enero de 2009 dicta la primera sentencia en la que reconoce el derecho de asilo por motivos de violencia de género. El supuesto de hecho nace por una mujer oriunda de Argelia, que conjuntamente con sus hijos menores recibían malos tratos, tantos físicos como psíquicos, de la cual la realidad de la violencia y su prolongación en el tiempo se fundan en el temor y en el riesgo real de sufrir un trato inhumano o degradante. La Sala se fundamenta, entre otras normas, en el contenido de la disposición adicional vigésima novena de la LOI que dispone que la Ley de Asilo será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género.

## 4. Recomendaciones en el proceso administrativo

En la práctica se evidencia que las mujeres extranjeras tienen cierta dependencia hacia sus agresores, debido a la falta de redes de apoyo, tanto sociales como familiares, lo que origina una mayor inseguridad a la hora de romper con la violencia. Asimismo, existe el recelo de las mujeres procedentes de ciertas culturas al ser examinadas por facultativos varones en centros sanitarios por lesiones físicas o psíquicas. Circunstancias que también ocurren ante los reconocimientos médicos forenses, así como la desconfianza ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. De igual manera, cuando solicitan asilo y son atendidas por un funcionario hombre.

El proceso administrativo del expediente de asilo comienza con la realización de la solicitud, es un momento crucial en el que se escribe la historia de vida que es el referente que se va a utilizar de cara a la admisión a trámite y posterior resolución del caso. Las mujeres pueden sufrir persecuciones, específicamente motivadas por su género o ser víctimas de formas de persecución distintas de las sufridas por los varones. Por ejemplo, en situaciones de conflicto es frecuente que las mujeres sean víctimas de abusos sexuales en mucha mayor medida que los hombres. Asimismo, existe una variada gama de situaciones de violencia que afectan exclusivamente a las mujeres.

En este sentido, es necesario tener en cuenta el esta-

do emocional que traen estas personas y sus circunstancias como la falta de dominio del idioma. Por tanto, es recomendable que sean informadas de su derecho a elegir entrevistadores e intérpretes de su mismo sexo, o en el mejor de los casos que sean designadas de oficio. La persona entrevistadora debe ser consciente de estos condicionantes y asegurar que la formalización de la solicitud se produzca en un ambiente propicio para que la solicitante proporcione la información necesaria, y, asimismo, debe cerciorar la privacidad y transmitir a la peticionaria la idea que se respetará escrupulosamente la confidencialidad de sus declaraciones, dado que son elementos especialmente importantes en estos casos.

### 5. Estadísticas en materia de asilo y género

Desde la entrada en vigor de la Ley de Asilo, las peticiones por motivos de género, conforme la Oficina Española de Ayuda al Refugiado, han crecido tras alcanzar las 149 solicitudes en 2009, con un total de 93 mujeres (62,42%) y 56 hombres (37,58%). Por una parte, 79 personas han sido perseguidas por su pertenencia al colectivo de lesbianas, gays, bisexuales y

transexuales, que han sufrido algún tipo de persecución por pertenecer a este colectivo. Por otra, 70 personas han sido perseguidas por motivos de género, en el que agrupa a las personas que han sufrido violencia intrafamiliar, trata, matrimonio forzado, mutilación genital, violación como arma de guerra y otros motivos de persecución, como las personas que defienden los derechos humanos de las mujeres.

El principal país de origen de los solicitantes ha sido Nigeria, seguido de Camerún, Argelia, Marruecos, República Democrática del Congo y Somalia. De todo ello se evidencia que las solicitudes de asilo por motivos de género han aumentado en el territorio español, por lo que es aconsejable aplicar las recomendaciones antes expuestas para que la mujer extranjera se sienta más libre y segura en la tramitación de su expediente.

## 3. POLÍTICAS MIGRATORIAS

### LAS OPERACIONES HUMANITARIAS DE EVACUACIÓN

Las oleadas de personas que han huido de Libia para refugiarse en otros Estados han sido una de las consecuencias de la situación de conflicto que se vive en Libia. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Organización Internacional para las migraciones (OIM) han aportado los siguientes datos:

- Durante los meses de febrero y marzo han huido de Libia 300.000 personas.
- En pleno auge del éxodo, más de 17.000 personas que huían de Libia permanecieron hacinados en un campo de tránsito apoyado por ACNUR en la frontera tunecina, muchos de los cuales, esperaban ayuda para regresar a sus países de origen.
- A mediados de marzo 6.500 personas permanecían varadas en Túnez, 2.500 en Egipto y 1.500 en Argelia y Níger.
- Entre 1.500 y 2.000 personas con necesidad de ser evacuados continuará cruzando la frontera a diario.

Para ayudar a estas personas, el ACNUR y la OIM han puesto en marcha una operación de evacuación humanitaria conjunta *"una de las mayores evacuaciones humanitarias de la historia"*, según expresión del Director General de la OIM, William Lancy Swing-, que a mediados de marzo había conseguido evacuar a más de 50.000 personas que, huyendo de la violencia en Libia, se encontraban en los campos fronterizos en Túnez y Egipto. Otras decenas de miles habían sido trasladadas a sus países por medio de aviones y barcos proporcionados por sus propios gobiernos.

El objetivo de esta operación de evacuación humanitaria es ofrecer refugio y prestar asistencia humanitaria y traslado rápido a los grupos que van saliendo. La ope-

ración se centra en la situación en la zona fronteriza -ahí donde es preciso afrontar los movimientos masivos y repentinos de decenas de miles de personas -, de modo que se pueda manejar bien mientras continúan saliendo personas que huyen de Libia.

Las dos organizaciones están haciendo hoy un llamamiento a los gobiernos donantes para renovar la financiación y los recursos logísticos para permitir la evacuación continua de nuevos grupos. *"La generosa financiación y las contribuciones en especie hasta ahora han permitido evacuar con seguridad a más de 50.000 personas desesperadas por regresar a sus hogares y estar a salvo con sus familias. Pero son muchas más las que necesitan ayuda"*, dijo el Director General de OIM, William Lacy Swing.

La OIM mantiene otras operaciones de evacuación, mereciendo destacarse la operación de evacuación de migrantes etíopes desamparados en Yemen a medida que aumenta la migración desde el Cuerno de África, financiada por el Fondo de Respuesta Humanitaria de la ONU en Addis Abeba, se prevé ayudar a retornar a unos 2.400 etíopes en semanas venideras.

El pasado 16 de abril un primer grupo de 120 personas, entre las que se incluían menores y ancianos, llegó a bordo de vuelos comerciales a la capital, Addis Abeba, donde fueron ubicados en centro de recepción de la OIM y recibieron alojamiento, asistencia para la reintegración y, de ser necesario, apoyo médico y psicológico.

Anteriormente, durante los meses de noviembre y mediados de febrero, la Organización había evacuado a un total de 2.770 migrantes etíopes desamparados en el norte del país. Esta operación tuvo que ser interrumpida debido a la carestía de fondos. Desde entonces, la

OIM ha inscrito en torno a 4.000 migrantes etíopes en Haradh, en la frontera con Arabia Saudita, donde cuenta con un centro que proporciona alojamiento a las personas vulnerables, la mayoría de quienes están hambrientas y exhaustas tras haber realizado un largo viaje hacia el norte del país.

Incapaces de continuar su viaje debido al endurecimiento por las autoridades sauditas de los controles fronterizos o de regresar a sus hogares, los migrantes suelen permanecer desamparados en Haradh, donde carecen de alimentos, agua y alojamiento y, la mayoría, desea retornar a sus hogares.

El personal de la OIM en el centro de Haradh ha informado de un importante deterioro de la situación en los últimos meses. En dicho recinto se han encontrado los cuerpos de migrantes víctimas del hambre o asesinados por tratantes y que son lanzados al interior durante la noche.

La Organización trabaja en estrecha colaboración con los Gobiernos de Yemen y Etiopía para brindar asistencia a los migrantes. Un grupo de médicos de la OIM y oficiales del gobierno se encuentran en dicha ciudad en la actualidad para prepararlos antes de emprender el viaje de regreso a sus hogares.

Las operaciones de evacuación humanitaria es uno de los medios de acción de la OIM, una Organización que, según recuerda el Enunciado de misión aprobado el pasado mes de abril de 2011 *"está consagrada al principio de que la migración en forma ordenada y en condiciones humanas beneficia a los migrantes y a la sociedad"*. En su calidad de principal organización internacional para las migraciones, la OIM trabaja con sus asociados de la comunidad internacional para: a) ayudar a encarar los crecientes desafíos que plantea la gestión de la migración a nivel operativo, b) fomentar

la comprensión de las cuestiones migratorias, c) alentar el desarrollo social y económico a través de la migración; y d) velar por el respeto de la dignidad humana y el bienestar de los migrantes.

En este documento se recoge como un enfoque estratégico de la Organización el *"participar en las respuestas humanitarias coordinadas en el contexto de los arreglos interinstitucionales en la materia y proveer servicios de migración en otras situaciones de emergencia o consecutivas a crisis, según corresponda, y en lo referente a las necesidades de las personas, contribuyendo así a su protección"*.

Como indica este documento *"los refugiados y personas desplazadas conforman una categoría distinta de "personas en movimiento" que merece una atención especial"*. La OIM trabaja activamente en prestar asistencia a las poblaciones de refugiados durante y después de situaciones emergencia, como fuera el caso en Kosovo y en Timor. Asimismo, cada año la OIM facilita el reasentamiento de miles de refugiados para quienes esta opción en un nuevo país es una solución aceptada y duradera. Constantemente se solicita a la OIM que encuentre soluciones para las personas desplazadas internamente, para los excombatientes, para víctimas de conflictos étnicos y para poblaciones en transición en entornos en plena rehabilitación. También localiza y presta asistencia a votantes dispersos a fin de que puedan participar en elecciones y referéndums. La OIM cuenta con toda una serie de programas y tiene una pericia reconocida en los programas de presentación de solicitudes consecutivas a guerras y de indemnización.

Más información en [www.iom.int](http://www.iom.int)

#### 4. ESTATUS DEL INMIGRANTE

##### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA RELATIVA A LA DIRECTIVA SOBRE EL RETORNO, DICTADA EN PROCEDIMIENTO DE CUESTIÓN PREJUDICIAL EL 28 DE ABRIL DE 2011**

**D**el contenido de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la Directiva sobre el retorno, dictada en procedimiento de cuestión prejudicial, en fecha 28 de abril de 2011, cabe destacar:

- La Directiva establece con precisión el procedimiento que debe aplicarse al retorno de los extranjeros en situación irregular, y fija el orden de desarrollo de las diferentes fases de ese procedimiento:

1. Adopción de una decisión de retorno (prioridad a una salida voluntaria; plazo de siete a treinta días).
2. Si la salida voluntaria no se produce en ese plazo, los Estados miembros deben proceder a la expulsión forzosa.
3. Si la expulsión pueda ser dificultada por el comportamiento del interesado, el Estado miembro podrá proceder a su internamiento en un centro especializado.

- Los artículos 15 y 16 de la Directiva tienen efecto directo, por lo que los particulares podrán invocarlas frente al Estado miembro que no haya llevado a cabo la trasposición.

- Italia no puede establecer una pena privativa de libertad (para subsanar el fracaso de las medidas coercitivas adoptadas para llevar a cabo la expulsión forzosa) porque un nacional de un tercer país, tras serle notificada una orden de salida del territorio nacional y una vez finalizado el plazo que esa orden fijó, permanezca de forma irregular en el territorio de un Estado miembro. Esa pena privativa de libertad puede perjudicar la realización del objetivo pretendido por dicha Directiva, a saber, la instauración de una política eficaz de expulsión y de repatriación de los nacionales de terceros países en situación irregular respetando sus derechos fundamentales.

##### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera) de 28 de abril de 2011**

*En el asunto C-61/11 PPU, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE, presentada por la Corte d'appello di Trento (Italia), mediante resolución de 2 de febrero de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 10 de febrero de 2011, en el procedimiento penal contra Hassen El Dridi, alias Soufi Karim,*

*EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera) [...] dicta la siguiente Sentencia*

*1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 15 y 16 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DO L 348, p. 98).*

*2 Esa petición se ha presentado en el marco de un procedimiento tramitado contra el Sr. El Dridi, condenado a una pena de un año de prisión por el delito consistente en permanecer ilegalmente en el territorio italiano, sin causa justificada, con infracción de una orden de expulsión dictada contra él por el questore di Udine (jefe de policía de Udine).*

*[...]*

### **El litigio principal y la cuestión prejudicial**

*18 El Sr. El Dridi es un nacional de un tercer país que entró ilegalmente en Italia y no dispone de permiso de residencia. El 8 de mayo de 2004 el Prefecto de Turín dictó contra él un decreto de expulsión.*

*19 Una orden de expulsión del territorio nacional, dictada el 21 de mayo de 2010 por el questore de Udine, en aplicación del citado decreto de expulsión, le fue notificada ese mismo día. Esa orden de expulsión estaba motivada por la indisponibilidad de un vehículo u otro medio de transporte, la falta de documentos de identidad del Sr. El Dridi, y la imposibilidad de acogerle provisionalmente en un centro de internamiento debido a la falta de plazas en los establecimientos previstos para tal fin.*

*20 En un control realizado el 29 de septiembre de 2010 se comprobó que el Sr. El Dridi no había dado cumplimiento a esa orden de expulsión.*

*21 El Sr. El Dridi fue condenado por el Tribunales di Trento, pronunciándose en formación unipersonal según el procedimiento abreviado, a la pena de un año de prisión por el delito tipificado en el artículo 14, apartado 5 ter, del Decreto Legislativo nº 286/1998.*

*22 El interesado interpuso recurso contra dicha condena ante la Corte d'appello di Trento.*

*23 Ese último tribunal se pregunta sobre la posibilidad de imponer una sanción penal, durante la tramitación de los procedimientos administrativos de retorno de un extranjero a su país de origen, por la inobservancia de las fases de éstos, ya que tal sanción parece contraria al principio de cooperación leal, a la necesidad de lograr los objetivos de la Directiva 2008/115 y de garantizar el efecto útil de ésta, así como a los principios de proporcionalidad, de adecuación y de racionalidad de la pena.*

*24 Ese tribunal puntualiza sobre ello que la sanción penal prevista en el artículo 14, apartado 5 ter, del Decreto Legislativo nº 286/1998 se impone tras la comprobación de la infracción de una fase intermedia del procedimiento gradual de ejecución de la decisión de retorno, prevista por la Directiva 2008/115, a saber, el incumplimiento tan sólo de la orden de expulsión. La pena de prisión, que puede ir de uno a cuatro años, parece por otra parte de un rigor extremado.*

*25 En esas circunstancias, la Corte d'appello di Trento*

*decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:*

*"A la luz de los principios de cooperación leal para el efecto útil de conseguir los objetivos de la Directiva, así como de los principios de proporcionalidad, adecuación y racionalidad de la pena, se oponen los artículos 15 y 16 de la Directiva 2008/115/CE [...]:*

*- a la posibilidad de que se sancione penalmente la infracción de una fase intermedia del procedimiento administrativo de retorno, antes de que éste concluya mediante el recurso en su caso al máximo rigor posible en materia de coerción administrativa;*

*- a la posibilidad de que se castigue con una pena de hasta cuatro años de prisión la mera falta de cooperación del interesado en el procedimiento de expulsión y, en particular, en el supuesto del incumplimiento de la primera orden de expulsión dictada por la autoridad administrativa"*

*[...]*

### **Sobre la cuestión prejudicial**

*29 Mediante su cuestión el tribunal remitente pregunta en sustancia si la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 15 y 16, debe ser interpretada en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado.*

*30 El tribunal remitente se refiere al respecto al principio de cooperación leal enunciado en el artículo 4 TUE, apartado 3, y al objetivo de garantizar el efecto útil del Derecho de la Unión.*

*31 Al respecto, hay que recordar que, según su segundo considerando, la Directiva 2008/115 pretende establecer una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas comunes, para que las personas afectadas sean retornadas humanamente y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad.*

*32 Como resulta tanto de su título como de su artículo 1, la Directiva 2008/115 establece "normas y procedimientos comunes" que debe aplicar cada Estado miembro para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. De la expresión antes mencionada y también del sistema general de esa Directiva se deduce que los Estados miembros sólo pueden establecer excepciones a esas normas y procedimientos conforme a las condiciones previstas por la misma Directiva, en particular las enunciadas en su artículo 4.*

*33 De ello resulta que, si bien el apartado 3 de ese artículo 4 atribuye a los Estados miembros la facultad de adoptar o de mantener disposiciones más favorables para los nacionales de terceros países en situación irregular que las de la Directiva 2008/115, siempre que esas disposiciones sean compatibles con ésta, dicha Directiva no permite que esos Estados apliquen normas más severas en el ámbito que regula.*

*34 También debe observarse que la Directiva 2008/115 establece con precisión el procedimiento que*

debe aplicar cada Estado miembro al retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, y fija el orden de desarrollo de las diferentes fases que integran sucesivamente ese procedimiento.

35 De esa forma, el artículo 6, apartado 1, de la misma Directiva prevé ante todo, con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio.

36 Dentro de esa fase inicial del procedimiento de retorno debe darse prioridad, salvo excepciones, a la ejecución voluntaria de la obligación derivada de la decisión de retorno, ya que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2008/115 dispone que esa decisión establecerá un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, para la salida voluntaria.

37 Del artículo 7, apartados 3 y 4, de la citada Directiva resulta que únicamente en circunstancias excepcionales, como la existencia de riesgo de fuga, los Estados miembros podrán imponer al destinatario de una decisión de retorno la obligación de presentación periódica ante las autoridades, de depósito de una fianza adecuada, de entrega de documentos o de permanecer en un lugar determinado, por un lado, o bien podrán conceder un plazo de salida voluntaria inferior a siete días, o incluso abstenerse de conceder tal plazo, por otro lado.

38 En ese último supuesto, pero también cuando la obligación de retorno no se haya cumplido en el plazo fijado para la salida voluntaria, del artículo 8, apartados 1 y 4, de la Directiva 2008/115 resulta que, para asegurar la eficacia de los procedimientos de retorno, esas disposiciones imponen al Estado miembro que haya adoptado una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país en situación irregular la obligación de llevar a cabo la expulsión, tomando todas las medidas necesarias, incluso en su caso medidas coercitivas, de carácter proporcionado y de conformidad con los derechos fundamentales.

39 A este respecto, se deduce del decimosexto considerando de dicha Directiva así como del texto de su artículo 15, apartado 1, que los Estados miembros deben llevar a cabo la expulsión a través de las medidas menos coercitivas posibles. Únicamente en el supuesto de que la ejecución de la decisión de retorno en forma de expulsión pueda verse dificultada por el comportamiento del interesado, tras una apreciación de cada situación específica, esos Estados podrán privar de libertad a ese último mediante un internamiento.

40 Conforme al artículo 15, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2008/115, esa privación de libertad será lo más corta posible y sólo se mantendrá mientras estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión. Según los apartados 3 y 4 del mismo artículo 15 la referida privación de libertad deberá ser revisada a intervalos razonables, y se pondrá fin a ella cuando parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión. Los apartados 5 y 6 del mismo artículo fijan la duración máxima de esa privación de libertad en 18 meses, que constituye un límite impuesto a todos los Estados miembros. Por otra parte, el artículo 16, apartado 1, de esa Directiva exi-

ge que las personas afectadas estén internadas en un centro especializado y separadas en cualquier caso de los presos comunes.

41 De cuanto precede resulta que el orden de desarrollo de las fases del procedimiento de retorno regulado por la Directiva 2008/115 corresponde a una graduación de las medidas que han de tomarse para la ejecución de la decisión de retorno, graduación que va desde la medida que más libertad permite al interesado, a saber la concesión de un plazo para su salida voluntaria, hasta las medidas coercitivas que más la restringen, a saber, el internamiento en un centro especializado, debiendo garantizarse en todas esas fases el respeto del principio de proporcionalidad.

42 También se pone de manifiesto que el recurso a esa última medida, que constituye la medida restrictiva de libertad más grave que permite esa Directiva en el contexto de un procedimiento de expulsión forzosa, está estrictamente delimitado en aplicación de los artículos 15 y 16 de la misma Directiva, con objeto en especial de asegurar el respeto de los derechos fundamentales de los nacionales de los terceros países afectados.

43 En particular, la duración máxima prevista en el artículo 15, apartados 5 y 6, de la Directiva 2008/115 tiene como objetivo limitar la privación de libertad de los nacionales de terceros países en la situación de expulsión forzosa (sentencia de 30 de noviembre de 2009, Kadzoev, C-357/09 PPU, Rec. p. I-11189, apartado 56). La Directiva 2008/115 pretende así pues tener en cuenta tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), según la cual el principio de proporcionalidad exige que la privación de libertad de una persona contra la que está en trámite un procedimiento de expulsión o de extradición no se prolongue durante un período de tiempo irrazonable, es decir, que no exceda del plazo necesario para lograr el fin perseguido (véase en especial TEDH, sentencia Saadi c. Reino Unido, de 29 de enero de 2008, aún no publicada en el Recueil des arrêts et décisions, § 72 y 74), como la octava de las "Veinte directrices sobre el retorno forzoso" adoptadas el 4 de mayo de 2005 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, a las que hace referencia el tercer considerando de la Directiva. Según ese principio toda privación de libertad previa a la expulsión debe ser lo más breve posible.

44 Atendiendo a esas consideraciones debe apreciarse si las reglas comunes establecidas por la Directiva 2008/115 se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal.

45 En primer lugar, es preciso señalar al respecto que, según resulta de las informaciones expuestas tanto por el tribunal remitente como por el Gobierno italiano en sus observaciones escritas, la Directiva 2008/115 no se ha transpuesto en el ordenamiento jurídico italiano.

46 Pues bien, según reiterada jurisprudencia, siempre que las disposiciones de una directiva resulten ser, desde el punto de vista de su contenido, incondiciona-

les y suficientemente precisas, los particulares podrán invocarlas frente al Estado, en particular cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado o cuando haya procedido a una adaptación incorrecta (véanse en ese sentido en especial las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, Rec. p. 723, apartado 46, y de 3 de marzo de 2011, Auto Nikolovi, C-203/10, Rec. p. I-0000, apartado 61).

47 Ésa es la naturaleza de los artículos 15 y 16 de la Directiva 2008/115, los cuales, como resulta del apartado 40 de la presente sentencia, son de contenido incondicional y lo suficientemente preciso, que no requiere otros complementos específicos para hacer posible su aplicación por los Estados miembros.

48 Por otra parte, una persona que se encuentre en la situación del Sr. El Dridi está incluida en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 2008/115, ya que a tenor de su artículo 2, apartado 1, ésta se aplica a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro.

49 Como ha observado el Abogado General en los puntos 22 a 28 de su opinión, esa conclusión no puede desvirtuarse por el artículo 2, apartado 2, letra b), de esa Directiva, que permite a los Estados miembros decidir no aplicar ésta a los nacionales de terceros países que estén sujetos a medidas de retorno que sean constitutivas de sanciones penales o consecuencia de sanciones penales, con arreglo a la legislación nacional, o que estén sujetos a procedimientos de extradición. En efecto, de la resolución de remisión resulta que en el asunto principal la obligación de retorno deriva de un decreto del Prefecto de Turín de 8 de mayo de 2004. Por otra parte, las sanciones penales a las que se refiere esa disposición no guardan relación con la inobservancia del plazo fijado para la salida voluntaria.

50 En segundo lugar, es preciso constatar que, aun si el decreto del Prefecto de Turín de 8 de mayo de 2004, que establece una obligación del Sr. El Dridi de salir del territorio nacional, corresponde al concepto de "decisión de retorno", según lo define el artículo 3, punto 4, de la Directiva 2008/115, y al que se refieren en particular los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de ésta, el procedimiento de expulsión previsto por la normativa italiana controvertida en el asunto principal difiere considerablemente del establecido por esa Directiva.

51 En efecto, en tanto que esa Directiva exige la concesión de un plazo para la salida voluntaria, que va de siete a treinta días, el Decreto Legislativo nº 286/1998 no prevé el recurso a esa medida.

52 A continuación, acerca de las medidas coercitivas que los Estados miembros pueden aplicar en virtud del artículo 8, apartado 4, de la Directiva 2008/115, como, en especial, la conducción forzosa a la frontera que prevé el artículo 13, apartado 4, del Decreto Legislativo nº 286/1998, es preciso observar que, en el supuesto de que tales medidas no hayan permitido lograr el resultado perseguido, a saber la expulsión del nacional de un tercer país contra el que se han dictado, los

Estados miembros tienen la facultad de adoptar medidas, incluso de carácter penal, que permitan en particular disuadir a esos nacionales de permanecer ilegalmente en el territorio de esos Estados.

53 No obstante, hay que señalar que, si bien es cierto que, en principio, la legislación penal y las normas de procedimiento penal son de la competencia de los Estados miembros, de ello no puede deducirse que el Derecho de la Unión no pueda afectar a dicha rama del Derecho (véanse en ese sentido en particular las sentencias de 11 de noviembre de 1981, Casati, 203/80, Rec. p. 2595, apartado 27; de 2 de febrero de 1989, Cowan, 186/87, Rec. p. 195, apartado 19, y de 16 de junio de 1998, Lemmens, C-226/97, Rec. p. I-3711, apartado 19).

54 De ello se deduce que, pese a que ni el artículo 63 CE, párrafo primero, punto 3, letra b), disposición que se ha recogido en el artículo 79 TFUE, apartado 2, letra c), ni la Directiva 2008/115, adoptada concretamente con fundamento en esa disposición del Tratado CE, excluyen la competencia penal de los Estados miembros en el ámbito de la inmigración clandestina y de la situación irregular, éstos deben ajustar su legislación en esa materia para asegurar el respeto del Derecho de la Unión.

55 En particular, esos Estados no pueden aplicar una normativa, aun si es de naturaleza penal, que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva, y como consecuencia privarla de su efecto útil.

56 En efecto, a tenor de los párrafos segundo y tercero, respectivamente, del artículo 4 TUE, apartado 3, los Estados miembros "adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión" y "se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión", incluidos los perseguidos por las directivas.

57 En lo que atañe más específicamente a la Directiva 2008/115, hay que recordar que, a tenor de su decimotercero considerando, somete expresamente el uso de medidas coercitivas a los principios de proporcionalidad y eficacia por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos.

58 Por consiguiente, para subsanar el fracaso de las medidas coercitivas adoptadas para llevar a cabo la expulsión forzosa conforme al artículo 8, apartado 4, de dicha Directiva los Estados miembros no pueden establecer una pena privativa de libertad, como la prevista en el artículo 14, apartado 5 ter, del Decreto Legislativo nº 286/1998, por el único motivo de que un nacional de un tercer país, tras serle notificada una orden de salida del territorio nacional y una vez finalizado el plazo que esa orden fijó, permanezca de forma irregular en el territorio de un Estado miembro, sino que deben proseguir sus esfuerzos para la ejecución de la decisión de retorno, que sigue produciendo sus efectos.

59 En efecto, esa pena, en razón especialmente de sus

condiciones y formas de aplicación, puede perjudicar a la realización del objetivo pretendido por dicha Directiva, a saber, la instauración de una política eficaz de expulsión y de repatriación de los nacionales de terceros países en situación irregular. En particular, como ha señalado el Abogado General en el punto 42 de su opinión, una normativa nacional, como la controvertida en el asunto principal, puede impedir la aplicación de las medidas previstas en el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 y demorar la ejecución de la decisión de retorno.

60 Ello no excluye la facultad de los Estados miembros de adoptar, con respeto de los principios de la Directiva 2008/115 y de su objetivo, disposiciones que regulen el supuesto de que las medidas coercitivas no hayan permitido conseguir la expulsión de un nacional de un tercer país que se encuentra en situación irregular en su territorio.

61 Atendiendo a lo antes expuesto, incumbirá al tribunal remitente, encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión, y de garantizar su plena eficacia, dejar inaplicada cualquier disposición del Decreto Legislativo nº 286/1998 contraria al resultado de la Directiva 2008/115, en particular el artículo 14, apartado 5 ter, de dicho Decreto Legislativo (véanse en ese sentido las sentencias de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, apartado 24; de 22 de mayo de 2003, *Connect Austria*, C-462/99, Rec. p. I-5197, apartados 38 y 40, y de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, C-188/10 y C-189/10, Rec. p. I-0000, apartado 43). Al hacerlo, el tribunal remitente deberá tener debidamente en cuenta el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve, que forma parte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miem-

bros (sentencias de 3 de mayo de 2005, *Berlusconi y otros*, C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. p. I-3565, apartados 67 a 69, y de 11 de marzo de 2008, *Jager*, C-420/06, Rec. p. I-1315, apartado 59).

62 En consecuencia, procede responder a la cuestión planteada que la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 15 y 16, debe ser interpretada en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado.

[...]

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 15 y 16, debe ser interpretada en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que prevé la imposición de una pena de prisión a un nacional de un tercer país en situación irregular, por el único motivo de que permanezca en el territorio de ese Estado sin causa justificada, con infracción de una orden de salida de dicho territorio en un plazo determinado.

## 5. MULTICULTURALISMO

### DE NUEVO SOBRE EL BURKA

El pasado mes de abril entró en vigor la Ley francesa que prohíbe el cubrimiento del rostro en el espacio público, cuya parte dispositiva reproducimos a continuación. Esta Ley fue aprobada por la Asamblea Nacional en mayo de 2010 y ha entrado en vigor durante el pasado día 11 de abril, tras haberse cumplido el plazo de 6 meses establecido como *vacatio legis*.

Este acontecimiento ha vuelto a plantear el debate sobre la prohibición del burka; debate que está muy presente en la sociedad española y que Itínera viene siguiendo con interés. Como se recordará el número de Itínera universitas correspondiente a los meses de julio-agosto de 2010 se hizo eco del intenso debate vivido en el Senado a propósito de una moción presentada por el Grupo parlamentario del Partido Popular que instaba al Gobierno a realizar las reformas legales y reglamentarias necesarias para prohibir el burka en espacios o acontecimientos públicos que no tengan una finalidad estrictamente religiosa.

Junto a la reproducción del texto de la Ley francesa, recogemos el Acuerdo aprobado por el Ajuntament de Lleida sobre el velo islámico en los espacios públicos, que está en vigor desde el 9 de diciembre de 2010, y el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 12 de enero de 2011, decretando su suspensión hasta la resolución del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Watani por la Libertad y la Justicia.

### A) PROYECTO DE LEY QUE PROHÍBE EL CUBRIMIENTO DEL ROSTRO EN EL ESPACIO PÚBLICO.

*Asamblea Nacional (Constitución de 4 de octubre de 1058. 13ª legislatura) núm. 2520, registrado el 19 de mayo de 2010 (reenviado a la Comisión de leyes constitucionales, de la legislación y de la administración general de la República, a falta de constitución de una comisión especial en los plazos previstos por los artículos 30 y 31 del Reglamento). Presentado en nombre del Sr. François Fillon, Primer Ministro, por la Sra.*



Michèle Alliot-Marie, Ministra de Estado, Guardián de los Sellos, Ministra de Justicia y Libertades.

El primer Ministro, previo informe de la Ministra de Estado, Guardián de los Sellos, Ministra de Justicia y Libertades ,

Visto el artículo 39 de la Constitución,

**Decreta:**

El presente proyecto de ley que prohíbe el cubrimiento del rostro en el espacio público, deliberado en el Consejo de Ministros previo informe del Consejo de Estado, será presentado a la Asamblea nacional por la Ministra de Estado, Guardián de los Sellos, y de Justicia y libertades, a quien corresponde exponer los motivos y proceder a su discusión.

**Artículo 1**

Nadie puede en el espacio público llevar un atuendo destinado a cubrir su rostro.

**Artículo 2**

I. A los efectos del artículo 1, el espacio público está constituido por las vías públicas así como por los lugares abiertos al público o afectados a un servicio público.

II. La prohibición establecida en el artículo 1 no es aplicable si el atuendo está prescrito por una ley o por un reglamento, si está autorizado para proteger el anonimato del interesado, si está justificado por razones médicas o por motivos profesionales, o si se inscribe en el marco de fiestas o de manifestaciones artísticas tradicionales.

**Artículo 3**

El desconocimiento de la prohibición establecida en el art. 1 se sancionará con una multa prevista para las infracciones de segunda clase.

Puede pronunciarse al mismo tiempo o en lugar de la pena de multa la obligación de cumplir la estancia de ciudadanía mencionada en el párrafo 8 del art. 131-16 del Código penal.

**Artículo 4**

En el capítulo V (De los atentados contra la dignidad de la persona) del título II del Libro II del Código Penal, se crea una sección 1 ter cuyo tenor literal es

« Sección 1 ter

De la instigación a disimular el rostro

Art. 225-4-10 . – El hecho, por amenaza, violencia o coacción, abuso de poder o abuso de autoridad, de imponer a una persona, en razón de su sexo, el cubrimiento de su rostro está penado con un año de prisión y 15.000 euros de multa.

**Artículo 5**

Las disposiciones de los artículos 1 a 3 entrarán en vigor cuando expire un plazo de seis meses desde la promulgación de la presente Ley.

**Artículo 6**

La presente ley se aplica en todo el territorio de la República

**Artículo 7**

El Gobierno remitirá al Parlamento un informe sobre la aplicación de la presente ley a los 18 meses desde su publicación. Este informe presentará las medidas de acompañamiento necesarias para la puesta en práctica por los poderes públicos así como las dificultades encontradas.

Hecho en Paris, el 19 de mayo de 2010.

**B) ACUERDO APROBADO POR EL AJUNTAMENT DE LLEIDA SOBRE EL VELO ISLÁMICO EN LOS ESPACIOS PÚBLICOS. EN VIGOR DESDE EL 9 DE DICIEMBRE DE 2010 (BUTLLETÍ OFICIAL DE LA PROVINCIA DE LLEIDA, NÚM. 159, 13 DE NOVIEMBRE DE 2010).**

Administració municipal. Ajuntament de Lleida. Seguretat ciutadana. Edicte 12322

En compliment d'allò que disposa l'article 70.2 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local, en la redacció donada per la Llei 57/2003, de 16 de desembre, de mesures per a la modernització del govern local, en relació amb els articles 177 i 178 del Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, i els articles 60 a 66 del Decret 179/1995, de 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals, relatiu al procediment establert per a l'aprovació de les ordenances i els reglaments locals; es fa públic que, contra l'acord del Ple de data 2 de juliol de 2010, d'aprovació inicial de la modificació dels articles 26, 27 i 102 de l'Ordenança municipal de civisme i convivència de la ciutat de Lleida, es van presentar al•legacions, i en la sessió plenària de data 8 d'octubre de 2010, l'Ajuntament Ple va aprovar definitivament el text modificat de l'Ordenança, desestimant les esmentades al•legacions.

Contra aquest acord es podrà interposar recurs contenciós administratiu davant la jurisdicció contenciosa administrativa en el termini de dos mesos, a comptar des del dia següent al de la publicació d'aquest acord en el Butlletí Oficial de la Província.

De conformitat amb la normativa citada, es publica el text de les modificacions dels articles 26, 27 i 102 de l'ordenança municipal de civisme i convivència de la ciutat de Lleida, publicada en el BOP núm. 36 de data 13 de març de 2007.

Lleida, 3 de novembre de 2010

L'Alcalde (il•legible)

El text dels articles modificats és el següent:

Article 26 (afegir els paràgrafs següents, del punt número 2)

2 La normativa reguladora dels serveis i de l'ús dels edificis i equipaments municipals (reglaments, normes de funcionament, instruccions, etc.), podrà limitar o prohibir accedir o romandre en els espais o locals destinats a tal ús, a les persones que portin vel integral, passamuntanyes, casc integral o altres vestimentes o accessoris que impedeixin o dificultin la identificació i la comunicació visual de les persones.

Aquestes limitacions o prohibicions, que podran afectar tant als prestadors dels serveis com als usuaris, hauran de ser motivades i podran preveure excepcions en raó de l'exercici de determinades professions, per seguretat e higiene en el treball, per determinades festivitats o per altres motius justificats.

Els encarregats dels serveis informaran a les persones afectades sobre la prohibició d'accedir i romandre en els espais o locals emprant aquests elements que impedeixen o dificulten la identificació i la comunicació visual. Si no obstant això, la persona o persones persisteixen en la seva actitud, es procedirà a requerir l'actuació dels agents de l'autoritat. Aquests podran impedir que les persones accedeixin o romanguin en els esmentats espais, utilitzant els mitjans permisos per la normativa aplicable i formularan, si escau, la corresponent denúncia, procedint-se posteriorment a la incoació de l'expedient sancionador.

Afegir l'ordinal 1 als dos paràgrafs que figuren actualment en el text de l'article 26

Article 27.9 (afegir)

27.9 Accedir o romandre en els espais o locals destinats a l'ús o servei públic, a les persones que portin vel integral, passamuntanyes, casc integral o altres vestimentes o accessoris que impedeixin la identificació i la comunicació visual de les persones, sempre que així estigui prohibit o limitat pel la

normativa reguladora específica.

Article 102.25 (afegir)

102.25 Accedir o romandre en els espais o locals destinats a l'ús o servei públic, a les persones que portin vel integral, passamuntanyes, casc integral o altres vestimentes o accessoris que impedeixin o dificultin la identificació i la comunicació visual de les persones, sempre que així estigui prohibit o limitat pel la normativa reguladora específica.

Providència, de 12 de enero de 2012, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el Recurso de protección jurisdiccional núm. 394/2010, relativa al Acuerdo aprobado por el Ajuntament de Lleida sobre el velo islámico en los espacios públicos. En vigor desde el 9 de diciembre de 2010.

**C) AUTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA) DICTADO EN RECURSO PROTECCIÓN JURISDICCIONAL NÚM. 394/2010, INTERPUESTO POR LA ASOCIACIÓN WATANI POR LA LIBERTAD Y LA JUSTICIA**

En la Ciudad de Barcelona, a doce de enero de dos mil once.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**UNICO.-** Por la representación procesal de la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo contra resolución del Ayuntamiento de Lleida, de 25-10-10, que desestima las alegaciones presentadas en relación a la suspensión de ejecutividad de la aprobación inicial de la modificación de OMCIC y la anulación de la modificación de la ordenanza aprobada y de sus actos complementarios; y habiéndose interesado por dicha parte la suspensión de la ejecución del acto impugnado, se dio el oportuno traslado a las partes por término de cinco días a fin de que informasen sobre dicha suspensión, con el resultado que es de ver en autos.

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** En el presente recurso especial de protección de derechos fundamentales, la asociación recurrente solicita como medida cautelar la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, el cual es, corrigiendo cierto déficit de rigor jurídico de la parte, el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lleida de fecha 8 de octubre de 2010 que aprueba definitivamente la modificación de tres artículos de la Ordenanza Municipal de civisme i convivència publicada en el BOP de 13 de marzo de 2007, y aprueba inicialmente la modificación de los Reglamentos que regulan el Archivo municipal, el servicio de transporte urbano de pasajeros y el de funcionamiento de los centros cívicos y locales sociales municipales.

Denegada la tramitación de la petición por el trámite especial de urgencia, y completada ahora la tramitación ordinaria, habiendo sido oídos tanto el Ayuntamiento como el Ministerio Fiscal, debemos recordar ante todo que la Ley Jurisdiccional intenta dar respuesta a la necesidad constitucional de establecer un sistema de medidas cautelares, entendiendo éstas como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que la normalización de un sistema de medidas cautelares compensa, a favor del derecho fundamental mencionado, el privilegio de ejecutividad de los actos administrativos, que supone una ventaja posicional para las administraciones.

Así, el artículo 129 de la LJCA establece como finalidad de las medidas que aseguren la efectividad de las sentencias, y el artículo 130 dice que la medida podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto pueda hacer perder la finalidad legítima al recurso, introduciendo de esta forma un elemento finalístico.

La Ley no hace referencia expresa al concepto de los "daños y perjuicios", pero si el recurso, que finaliza

con la sentencia, persigue evitar el daño causado al recurrente por la actividad impugnada, la relación entre el daño y perjuicio, la finalidad legítima del recurso y la efectividad de la sentencia se funden en una unidad sustancial que permite entender que la referencia a cualquiera de estos conceptos no es más que una diferente perspectiva de un mismo elemento sustancial.

Por tanto, y siguiendo la terminología tradicional, en la adopción de la medida cautelar debe ponderarse el *periculum in mora*, el *fumus bonis iuris* y los intereses generales y de terceros.

**SEGUNDO.-** Respecto al *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho en la pretensión del recurrente, cabe recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual es una alegación que siempre invita a entrar en el fondo del asunto, cosa vedada en una simple resolución de suspensión, salvo que aquella nulidad sea tan ostensible y manifiesta que sea apreciable a simple vista.

Así pues la prosperabilidad de la pretensión no puede ser ahora examinada, por hallarnos en una fase preliminar y embrionaria del proceso, sin los necesarios elementos de juicio, y sin que la nulidad que se predica aparezca del modo flagrante y manifiesto que exige la jurisprudencia para adoptar la medida cautelar en base al elemento de la apariencia de buen derecho.

Debemos llevar a cabo por tanto, la necesaria ponderación de los intereses en conflicto en este caso concreto. Entiende el Tribunal que, tal y como alega la recurrente, la aplicación de la modificación de la Ordenanza impugnada podría comportar perjuicios sino irreparables, en todo caso de muy difícil reparación para aquellas personas a las que se impidiera el acceso a determinados espacios municipales, como mercados, bibliotecas, medios de transporte o escuelas, si el recurso se viera finalmente estimado, en tanto que la suspensión cautelar no genera perjuicio alguno para el interés general o público, pues desde luego la obligación de todo ciudadano de identificarse a requerimiento de autoridad o funcionario legitimado viene impuesta por la legislación vigente, y por tanto el manteni-

miento del orden público y de la seguridad ciudadana en nada se ven afectados por la suspensión.

No siendo procedente avanzar en el análisis de la cuestión de fondo, que ha de ser objeto de debate contradictorio con las debidas garantías del procedimiento, sí procede acordar la suspensión con carácter cautelar del acuerdo impugnado, al apreciarse que de otro modo los perjuicios que podrían ocasionarse serían si no irreparables, en todo caso de muy difícil reparación.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## PARTE DISPOSITIVA

### LA SALA ACUERDA:

SUSPENDER la eficacia y ejecutividad del Acord del Ple de l'Ajuntament de Lleida de fecha 8 de octubre de 2010 objeto del presente recurso.

Notifíquese a las partes esta resolución, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de REPOSICIÓN ante esta Sala en el plazo de cinco días siguientes a su notificación.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Magistrados de la Sección; doy fe.

**DILIGENCIA.-** Seguidamente se cumple lo ordenado y paso a notificar a las partes, haciéndoles saber que para recurrir deberán, en su caso, consignar como depósito la cantidad de 25 euros en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" de esta Sección núm. 0663 0000 85 0394 10, concepto recursos 20-Contencioso-Reposición/Súplica; doy fe.

## 6. INSTITUCIONES

### ACTIVIDADES DE LA FUNDACIÓN PAULINO TORRAS DOMÈNECH

Con motivo de la aprobación del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el **Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social**, la Fundación Paulino Torras Domènech organiza un curso que contará con la participación de representantes de la **Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR)**, de **l'Associació Catalana de Professionals de l'Estrangeria (ACPE)** y de la **Comisión de Extranjería del Colegio de Abogados de Barcelona**, tres instituciones que han estudiado detenidamente el borrador del Reglamento y han participado activamente en el diálogo sobre el mismo incentivado por el Ministe-

rio de Trabajo e Inmigración. Intervendrá asimismo un representante del Ministerio. El curso se celebrará en los locales de la Fundación durante el presente trimestre.

Por otra parte, la Fundación Paulino Torras Domènech organiza la **Primera Sesión de Foro-tertulia sobre Migración y Derechos Humanos**, en la que participará la **Sra. Radhis Iris Abreu Blondet, Jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, quien impartirá la conferencia La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de extranjería, a la que seguirá un coloquio.

## 7. UNA PUBLICACIÓN DE INTERÉS

F. CAMAS RODA (COORD.); J. BASEIRIA MARTÍ, R. GIRONA DURAN; C. LÓPEZ ROCA; M. MARTÍNEZ ASO; E. ROJO TORRECILLA, *L'ATRIBUCIÓ DE COMPETÈNCIES EN MATÈRIA D'IMMIGRACIÓ DERIVADES DE L'ESTATUT D'AUTONOMIA DE CATALUNYA*, BARCELONA: INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS, VOL. 74, 2010.

Los autores del libro que recomendamos forman un equipo de investigación plenamente consolidado formado por profesores de las Universidades de Girona y Autónoma de Barcelona quienes, bien de forma individual, bien conjunta han realizado muy importantes trabajos en materia de Derecho de la migración desde una visión pluridisciplinar. Este grupo de investigación está vinculado asimismo a la Càtedra d'Immigració, Drets i Ciutadania que fue creada en 2001 por un convenio firmado el Bisbat de Girona, el Síndic de Greuges de Catalunya i la UdG.

El libro es un trabajo académico, fruto de un proyecto de investigación financiado por la Generalitat de Catalunya. Desde este punto de vista, además del rigor científico que posee ha de destacarse el muy útil índice analítico que se recoge en sus páginas 187-193 y en el que se distingue entre Normativa y jurisprudencia, por una parte, y Nociones en materia de inmigración, por otra. Coordinado por el Dr. Ferran Camas Roda, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de Girona, es un libro colectivo en el sentido más estricto del término pues todos los autores firman conjuntamente el libro, y no capítulos individuales. Consta de 5 capítulos, una presentación y unas conclusiones.

El capítulo primero realiza un completo repaso de la distribución de competencias entre el Estado y Cataluña. La oportunidad de este análisis obedece a la aprobación del Estatuto de Autonomía de Catalunya de 2006 (y, como también se pone de manifiesto de los otros Estatutos de Autonomía recientemente aprobados) y a la STC 31/2010 sobre el mismo.

El segundo capítulo se centra en el estudio de la regulación de los flujos migratorios en atención a las necesi-

dades del mercado de trabajo (autorizaciones de trabajo) y, tras estudiar algunas cuestiones de interés (como la reagrupación familiar o el contingente), se cuestiona la conveniencia de regular un servicio exterior de ocupación catalán.

El tercer capítulo estudia los efectos que la concesión a un extranjero de una autorización de trabajo tiene para las políticas de ocupación de Catalunya, con dedicación especial al examen de la actuación del Servei d'Ocupació de Catalunya respecto de los extranjeros que en él se inscriban.

El régimen de infracciones y sanciones en que puede incurrir un empresario o un trabajador extranjero en relación con su autorización de trabajo es objeto de consideración en el capítulo 4. Por fin, el último capítulo analiza la incidencia de la normativa de sobre libre prestación de servicios de la Unión Europea sobre el ejercicio por los trabajadores extranjeros de actividades económicas por cuenta propia.

En definitiva, nos hallamos ante un trabajo oportuno, riguroso y completo, que cumple el objetivo reconocido por el profesor Camas en su Presentación: *"tractar del conjunt d'aspectes que poden ser d'interès en matèria d'immigració de caràcter laboral a Catalunya"*.

### Fundación Paulino Torras Domènech

Observadora no gubernamental de la Organización Internacional de las Migraciones (O.I.M.)  
Colaboradora de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)

dac@fptd.org  
www.fptd.org  
www.itinerauniversitas.org

